تنظيم

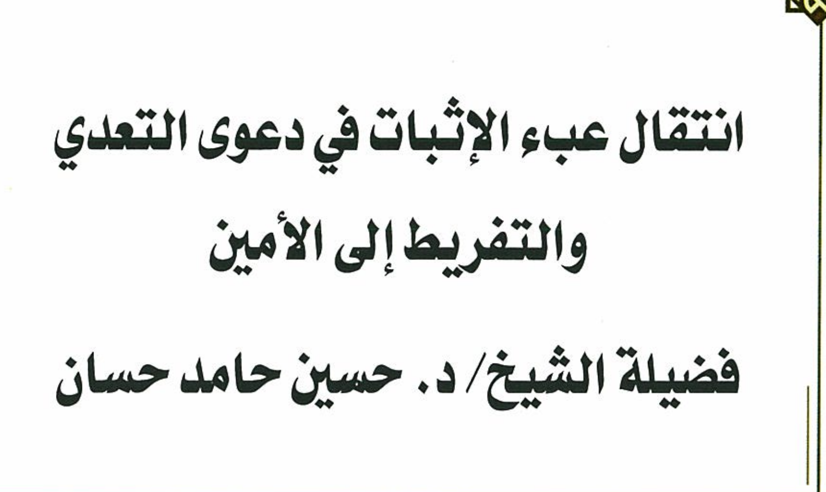


بالتعاون





المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية



انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين

فضيلة الشيخ/ د. حسين حامد حسان

الراعي البلاتيني





الراعي الذهبي









الراعي الفضي

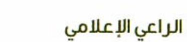












الراعي الإعلامي





الناقل الداخلي



مقدمة في

معنى الضمان والتعدي وعبء الإثبات
والمقصود بنقله إلى الأمين

أولا: المقصود بالضمان:

تطلق عبارة الضمان في أقوال الفقهاء والباحثين ويراد بها عدة معان يحسن عرضها بإيجاز قبل بيان حكم الشرع في موضوع ضمان الأمين مخاطر هلاك ما تحت يده من أموال.

1- الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الالتزام بدين ثابت وقت الضمان، أو يحتمل ثبوته في المستقبل. وهذا يقتضي أن يكون هناك طرفان، أحدهما دائن والآخر مدين له، ثم يأتي طرف ثالث هو الضامن، فيضم ذمته إلى ذمة المدين في ثبوت الدين أو في المطالبة به ويلتزم بأداء ما ثبت أو ما سيثبت في ذمته من دين في المستقبل.

والضمان بهذا المعنى طريق من طرق التوثيق الشرعية، ففيه يشترط الدائن أو يتبرع المدين بتوثيق الدين الثابت في ذمته، أو الذي يحتمل ثبوته في ذمته في المستقبل، على رأي القائلين بجواز ضمان الدين الاحتمالي المستقبل غير محدد المقدار وقت منح الوثيقة. وقد ذكر المالكية لذلك صورا، منها أن يقول شخص لآخر: داين فلانا، أو بايعه، أو عامله، وأنا ضامن، فداينه أو بايعه أو عامله، فإن هذا القائل يلزمه ضمان ما سيثبت في ذمة فلان هذا من دين نتيجة هذه المعاملة. غير أن للضامن في هذه الحالة الرجوع عن الضمان قبل المعاملة (حاشية الدسوقي 3: 333).

2- يطلق الضمان بمعنى وجوب رد المال إذا كان قائما، ورد مثله أو قيمته عند الهلاك، وذلك هو الضمان الواجب على من استولى على مال مملوك لغيره بغير إذنه كالغاصب والسارق، وهو ما يعبر عنه في القانون بالفعل الضار غير المشروع. كما يطلق الضمان على وجوب رد مثل الهالك أو قيمته على الأمين الذي حاز المال أو وضع يده عليه بإذن مالكه إذا تعدى على هذا المال أو فرط في حفظه.

وهنا لا يوجد عقد بين الضامن والمضمون له، بل أساس الضمان هو نص الشارع الذي يوجب الضمان بالتعدي، فمن أتلف مال غيره أو تسبب في إتلافه ضمن مثله أو قيمته.

وقد تكلم الفقهاء عن ضمان الأعيان وضمان المنافع والمعاني ونقص القيمة السوقية المفوتة على المالك في باب الغصب، وهو فعل ضار غير مشروع يوجب الضمان بذاته. والغاصب هنا يضمن هلاك المال وتلفه وضياعه وإن ثبت أن ذلك الهلاك والتلف قد حدث بسبب لا يد للغاصب فيه، بأن كان بقوة قاهرة أو بسبب أجنبي. أما الأمين فلا يضمن مال الأمانة إلا إذا تعدى عليه أو فرط في حفظه، ولا يضمن السبب الأجنبي ولا القوة القاهرة.





3- الضمان بمعنى تحمل تبعة الهلاك أو التلف أو الخسارة، بناء على قواعد الملك أو العقد وهو نوعان:

أ- نوع يؤسس على قواعد الملكية التي تقضي بأن المال يتلف أو يهلك على ملك صاحبه، بمعنى أن المالك هو الذي يتحمل تبعة هلاك ملكه، ما لم يوجد سبب شرعي يحمل هذه التبعة على غيره. فإذا كان المال بيد مالكه أو بيد غيره بعقد من عقود الأمانة – كالوديعة والإجارة والمضاربة – فإن تبعة هلاكه أو تلفه تقع على المالك، ما لم يكن هذا الهلاك أو التلف قد حدث بسبب فعل ضار غير مشروع وقع من غير المالك، ويدخل في ذلك تعدى الأمين في المال أو التقصير في حفظه أو الخطأ في قرار استثماره أو مخالفة شرط من شروط عقد الأمانة، وضمان الأمين هنا ليس أساسه عقد الأمانة لأن مقتضاه هو الحفظ والصيانة، بل التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط العقد، أي الفعل الضار غير المشروع مثله مثل غيره في هذا الضمان، ومن البدهي أن الهلاك إذا كان بسبب لا يد له فيه لم يضمنه خلافاً للغاصب.

ب- ونوع يؤسس على وضع اليد على المال بعقد من عقود الضمان، أي العقود التي تحمل وضع اليد بعقد معين تبعة هلاك هذا المال، ولو كان الهلاك بسبب لا يد له فيه، تطبيقا لقاعدة الخراج بالضمان أو الغنم بالغرم أو قاعدة الاستيفاء، كعقد الرهن فإن يد المرتهن على المال المرهون يد ضمان عند الأحناف، وكعقد العارية عند البعض، وكمن وضع يده على مال على سوم الشراء، أو بناء على التعدي أو التقصير المفترض من واضع اليد، كالأجير المشترك عند بعض الفقهاء الذين يحكمون بتضمينه ما تلف تحت يده من مال مطلقاً، أو ما لم يثبت هو أن التلف أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

الضمان بمعنى الالتزام بالقول من جانب الملتزم، وهو ما يطلق عليه عبارة الوعد الملزم، أو التبرع الملزم، أو الالتزام من جانب واحد. وقد يكون هذا الالتزام في مقابل عمل يقوم به الملتزم له، كالتزام الجاعل الجعل، كمن يعلن عن جائزة لمن يقدم له تصميما هندسيا، أو اكتشافا علميا. وقد يكون في مقابل عمل نافع للمتلزم له دون الملتزم، كمن يقول لآخر: ادرس الطب وعليَّ مصاريف دراستك، أو تزوج ابنة عمك وعلي صداقها، أو ابدأ في هذا المشروع وعلي رأسماله.

وسوف نرى عند دراسة موضوع ضمان الأمناء وأسباب نقل عبء الإثبات إليهم أن المقصود بالضمان هو المعنى الثاني، أي وجوب رد الأمين مثل الهالك تحت يده بتعديه، أو قيمته إن لم يكن له مثل.

ثانياً: التعدي

يقصد بالتعدي الذي أناط الشارع به وجوب تضمين الأمين، ويسمى في عرف القانون بالفعل الضار الذي يرتب عليه القانون استحقاق المضرور للتعويض، هو كل فعل أو ترك ينسب إلى الأمين، ويكون مخالفاً لحكم رتبه الشرع أو نص عليه عقد الأمانة، فإذا تى المضارب فعلاً أو تصرفاً يخالف الحكم الذي رتبه الشرع أو اتفق عليه العاقدان في عقد المضاربة كان متعدياً ولزمه ضمان كل ما يترتب على هذا الفعل من أضرار، كالهلاك والتلف والضياع والسرقة الحرق والغرق،



وغير ذلك من صور الضرر الذي يلحق بالمال المؤتمن عليه. وإذا ترك الأمين فعلاً أو تصرفاً أو جبه الشرع أو نص عليه عقد الأمانة، كان متعدياً، ولزمه ضمان ما ترتب على هذا الترك من أضرار تلحق بالمال المؤتمن عليه على النحو الذي بيناه.

وقد اقتصرت بعض عبارات الفقهاء في التعبير عن الفعل الموجب للضمان، أو الفعل الضار كما يعبر عنه بعض الباحثين، على عبارة التعدي، لتشمل كل فعل منع منه الشرع أو العقد، وكل ترك لما أوجبه الشرع أو العقد، فالقيام بما يمنع منه الشرع أو العقد، وترك ما يوجبه الشرع أو العقد يعد تعدياً.

وقد يضيف بعض الفقهاء في تحديد الفعل الموجب للضمان، أي مناط ضمان الأمين، عبارة (التفريط) إلى عبارة (التعدي) فيكون المقصود بالتعدي عنده هو مجاوزة الأمين لما حده الشرع أو نص عليه العقد من تصرفات، والمقصود بالتفريط ترك ما أوجبه الشرع أوالعقد.

وقد يعبر بعض الفقهاء عن التعدي والتفريط بعبارات أخرى تفيد معناهما مثل الجناية على المال والتضييع والخيانة، وكل هذا يفيد معنى واحداً هو كل عدوان على المال المؤتمن عليه يترتب عليه فوات هذا المال أو هلاكه كلياً أو جزئياً أو نقص منافعه أوانخفاض قيمته السوقية على رأي ضعيف، فمسئولية الأمين عن التعويض تترتب على كل فعل ضار لا تجيزه الشريعة، ولا يسمح به عقد الأمانة، يترتب عليه الإضرار بمالك المال، مهما كانت صور هذا الإضرار، وسواء كان ما أتاه الأمين فعلاً لممنوع أو تركاً لمطلوب، مباشرة أو بالتسبب، عمداً أو خطأً طالما وجدت علاقة سببية بين فعل الأمين والضرر الذي أصاب مالك المال.

ثالثاً: محل الضمان:

يقصد بمحل الضمان الضرر الذي يترتب على تعدي الأمين أوتفريطه، وقد عبر عنه الفقهاء بعبارات كثيرة يجمعها حرمان مالك المال المؤتمن عليه من هذا المال كلياً أو جزئياً عيناً أو منفعة أوقيمة، ومن هذه العبارات هلاك المال وتلفه وسرقته وضياعه ونهبه وغرقه وضرره وخسارته وتعيبه كقرض الفأر وتسويس الخشب واحتراق الطعام، وكسر السيف والرمح والخنجر، وموت الحيوان وإباقه. فهذه الوقائع والنتائج إن حدثت بفعل الأمين مباشرة أو بغير فعله المباشر، ولكن بسبب إهماله وتفريطه تعد ضرراً يستوجب التعويض إذا كان الأمين في كل ذلك متعدياً أو مفرطاً، ذلك أن جميع هذه الأمور تعد ضرراً يلحق بمالك المال جراء تعدي الأمين، بفعل مباشر أو غير مباشر.





الفصل الأول:

أقسام الأيدي في وجوب الضمان

قسم الفقهاء اليد، أي الحيازة أو وضع اليد على مال مملوك للغير، إلى يد ضمان ويد أمانة وعرفوا كلاً منهما وبينوا حكمه وذلك على الوجه التالي:

تعريف يد الضمان ويد الأمانة وحكم كل منهما

الحيازة أو وضع اليد على مال مملوك للغير قد يكون بدون إذن المالك فتسمى يد الحائز بيد الضمان، وذلك كيد الغاصب والسارق، وحكم هذه اليد هو وجوب رد هذا المال إلى مالكه، فإن هلك أو تلف أو ضاع (الهلاك) وجب على صاحب هذه اليد ضمانه مهما كانت أسباب هذا الهلاك، وذلك برد مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

وقد تكون هذه الحيازة أو وضع اليد على المال المملوك للغير بإذن مالك هذا المال فتسمى اليد في هذه الحالة يد أمانة وصاحبها أمين، وحكم هذه اليد أنه لا يلزمها رد هذا المال إلى مالكه قبل نهاية عقد الأمانة، لأن الفرض أنها تحوزه بإذن مالكه، ولكن إذا هلك هذا المال فإن صاحب هذه اليد لا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو فرط في حفظه أو خالف شروط عقد الأمانة أو أخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه، إن كان قد حازه لتنميته كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار (التعدي) وبعبارةأخرى فإن وجوب ضمان الأمين لما هلك تحت يده يناط بالتعدي، فالحكم وهو وجب الضمان يدور مع التعدي وجوداً وعدماً، وهذا أصل شرعي كلي يفيد القطع.

وقد يختلف مالك المال وحائزه أو واضع اليد عليه (الحائز)، فيدعي مالك المال أنه هلك بسبب تعدي الأمين، وينكر الأمين التعدي وينسب الهلاك إلى سبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو توقيه أو تلافي آثاره (السبب الأجنبي / القوة القاهرة) وعند هذا الاختلاف يطبق الأصل الشرعي الكلي الذي يفيد القطع وهو الوارد في الحديث الصحيح "**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**[1]" وهذا الأصل الثابت لا يتغير ولا يتبدل، وإن تغير تحقيق مناطه في جزئيات الوقائع والنوازل (أصل الإثبات).

وقد عرف الفقهاء المدعي الذي تلزمه البينة بأنه من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب، أو من لا يشهد له شيء من ذلك، وعرفوا المنكر أي المدعى عليه الذي يلزمه اليمين بخلافه، أي من يشهد له أصل أو ظاهر أو عرف أو كثير غالب.

---

1 جاء في تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير(4 / 495):حديث ابن عباس: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"، البيهقي من طريق الفريابي، عن سفيان، عن نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة"، عن ابن عباس، وفيه قصة، وهو في المتفق عليه بلفظ: "اليمين على المدعى عليه"، حسب.
وقال الشيخ الألباني: صحيح. الجامع الصغير وزيادته - (1 / 521)

يقول الإمام ابن حجر العسقلاني في فتح الباري شرح صحيح البخاري:

وَقَالَ الْعُلَمَاء الْحِكْمَة فِي ذَلِكَ لِأَنَّ جَانِب الْمُدَّعِي ضَعِيف لِأَنَّهُ يَقُول خِلَاف الظَّاهِر فَكُلِّفَ الْحُجَّة الْقَوِيَّة وَهِيَ الْبَيِّنَة لِأَنَّهَا لَا تَجْلِب لِنَفْسِهَا نَفْعًا وَلَا تَدْفَع عَنْهَا ضَرَرًا فَيَتَقَوَّى بِهَا ضَعْف الْمُدَّعِي، وَجَانِب الْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَوِيّ لِأَنَّ الْأَصْل فَرَاغ ذِمَّته فَاكْتُفِيَ مِنْهُ بِالْيَمِينِ وَهِيَ حُجَّة ضَعِيفَة لِأَنَّ الْحَالِف يَجْلِب لِنَفْسِهِ النَّفْع وَيَدْفَع الضَّرَر فَكَانَ ذَلِكَ فِي غَايَة الْحِكْمَة.[2]

ويترتب على ذلك أن الأمين قد تلزمة إقامة البينة على دعواه الهلاك -دون تعد منه- إذا كان في مركز المدعي، أي إذا جاءت دعواه الهلاك - دون تعد منه ولا تفريط على خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب.

وسوف نرى أن هناك قرائن تقوي جانب مالك المال وتضعه في مركز المدعى عليه، وتضع الأمين في مركز المدعي، فهذه القرائن تقوي الأصل أو الظاهر أو الكثير الغالب الذي يشهد لمالك المال، أو بعبارة أخرى تكذب دعوى الأمين هلاك المال دون تعديه، وهو الذي يعبر عنه بنقل عبء الإثبات إلى الأمين، وسوف نرى أنه ليس هناك نقل لعبء الإثبات بالمعنى الفني الدقيق، لأن عبء الإثبات يقع على عاتق الأمين أصلاً وابتداء في حالة وجود القرينة التي تكذب دعواه، لأنه يكون في مركز المدعي، لأن دعواه مع القرينة تكون على خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب. ويعبر الفقهاء عن حكم المدعى عليه أو المنكر بقولهم: إنه مصدق، وأن القول قوله، ويعنون بذلك أنه لا يلزمه الدليل، وعلى المدعي إذا أراد تضمينه أن يقيم هو الدليل على تعديه إلا إذا قامت قرينة على صدق المدعي أوعلى تكذيب الأمين.

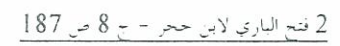
الفرق بين يد الضمان ويد الأمانة

1- مناط ضمان يد الضمان

حيازة مال الغير، أو وضع اليد عليه دون إذن مالكه، ويطلق عليه الاستيلاء على مال الغير دون حق، كالغصب والسرقة، يوجب على الحائز رد المال المغصوب أو المستولى عليه ما دام قائماً، فإن هلك بأي سبب كان، ولو كان بسبب لا يد له فيه وجب رد مثله إن كان مثلياً أوقيمته إن كان قيمياً، ولا يحتاج مالك المال إلا إلى إثبات واقعة الحيازة دون إذنه أي الاستيلاء دون حق، كالغصب والسرقة.

2- مناط ضمان يد الأمانة

أما مناط ضمان اليد الأمينة فإنه ليس الحيازة أو وضع اليد على مال الغير، لأن ذلك كان بإذن المالك، ولكن مناط وجوب الضمان على الأمين هو التعدي بصوره المختلفة، فإذا وجد التعدي وجب الضمان وإلا فلا، وعند الاختلاف بين


2 فتح الباري لابن حجر - ج 8 ص 187



مالك المال والأمين عليه يطبق أصل الإثبات، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فإذا كان الأمين في مركز المدعي، بأن كانت دعواه على خلاف الظاهر أو يكذبها العرف أو الكثير الغالب، فإن عليه إقامة البينة على واقعة هلاك المال أولاً وأن هذا الهلاك لم يكن بتعديه ثانياً، وذلك بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة وإلا قضي عليه بالتضمين.

وهذا هو الفرق بين ضمان اليد العادية واليد الأمينة. فاليد العادية تضمن ما يهلك تحتها، ولو أثبتت أن الهلاك كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة، أي بسبب لا يد لصاحب هذه اليد فيه، بخلاف اليد الأمينة فإنها لا تضمن هلاك ما تحتها إذا كان هذا الهلاك بقوة قاهرة أو بسبب أجنبي، وعليها هي إثبات الهلاك وأنه كان بسبب لا يد لها فيه إذا كانت في مركز المدعي، بأن ادعت ما يكذبه الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب على النحو الذي يأتي تفصيله لاحقاً.

أمثلة الأيدي الأمينة وطوائف الأمناء

قسم الفقهاء اليد الأمينة التي تحوز المال بإذن مالكه (لا بقصد تملكه لتخرج حيازة مال الغير على سوم الشراء) إلى الطوائف التالية:

1- يد تحوز مال الغير لمصلحة تعود إلى مالك المال وحده، ومثلوا لها بالوديعة والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم وناظر الوقف وبيت المال.

2- يد تحوز مال الغير لمصلحة تعود إلى الحائز وحده، ومثلوا لها بالمستأجر والمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر.

3- يد تحوز مال الغير لمصلحة مشتركة بين مالك المال والأمين عليه، ومثلوا لها بالمضارب والشريك والمزارع والمساقي.

كما قسم المالكية اليد الأمينة تقسماً آخر إلى:

1- يد تحوز مال الغير لتنميته واستثماره بحصة شائعة من ربحه، كيد المضارب، وحكم هذه اليد أنها إذا تعدت فإنها تضمن الخسارة، وتستحق ما شرط لها من الربح ويستحق رب المال باقي الربح عند المالكية.

2- يد تحوز مال الغير لا بغرض تنميته واستثماره، كيد المودع والمستعير، وحكم هذه اليد أنها إذا تعدت فإنها تضمن الخسارة وتستحق كامل الربح.

3- يد تحوز مال الغير بقصد تنميته بأجرة معلومة كيد الوكيل، وحكم هذه اليد إذا تعدت أنها تضمن الخسارة والربح كله للمالك[3].

رأينا فيما جاء في هذا التقسيم

هذا التقسيم غير منضبط، فقد اعتبر الأجير الخاص مثلاً حائزاً للمال لمصلحة مالكه وحده، وهذا غير صحيح، إذ أن الأجير الخاص له مصلحة في هذه الحيازة تتمثل في الأجرة التي يحصل عليها لأن عقد العمل من عقود المعاوضات.

---

3 مواهب الجليل ج7 ص 455، 456



وقد عد المستأجر حائزاً لمال الغير لمصلحة تعود إلى الحائز، أي المستأجر، وحده، مع أن للمؤجر مصلحة في هذا العقد تتمثل في الحصول على الأجرة لأن عقد الإجارة من عقود المعاوضات.

وسوف نرى أثر مصلحة الحائز أو المالك أو هما معاً في وجوب الضمان عند الحديث عن معاملة بعض الفقهاء لبعض الأيدي الأمينة معاملة الأيدي العادية أو الضامنة بحجة أن هذه الأيدي تحوز مال الغير لمصلحتها وحدها، مثل يد المستعير والمرتهن والصانع والقابض على سوم الشراء، فجعلوا الحيازة لمصلحة الحائز وحده مناطاً لضمان الحائز لما يهلك تحت يده من أموال الغير أي معاملة يد الحائز معاملة يد الضمان.

وأما التفرقة في استحقاق الربح بين المضارب والوكيل والمودع، إذا تعدوا وضمنوا الخسارة وهم جميعاً من الامناء، بحيث يوزع الربح عند التعدي بين المضارب ورب المال حسب شرطهما، ويستحق المودع لديه الربح كله دون مالك الوديعة، ويستحق الموكل الربح كله دون الوكيل فهو رأي المالكية وأوافقهم عليه للمصلحة التي ذكروها.

معاملة بعض الأيدي الأمينة معاملة الأيدي العادية في وجوب الضمان

يعامل بعض الفقهاء بعض الأيدي الأمينة، بعد الاتفاق على أمانتها، معاملة يد الضمان، أي التي تضمن هلاك ما تحت يدها من أموال الغير مهما كانت أسباب الهلاك، ومن هذه الأيدي يد المستعير ويد المرتهن ويد الصانع، ويخالفهم بقية الفقهاء فيرون أن جميع الأيدي الأمينة تعامل معاملة واحدة، وهي أنه يطبق عليها الأصلان الشرعيان الكليان السابق الإشارة إليهما، وهو أن التعدي مناط الضمان، فلا ضمان بدون تعد، وأنه عند الاختلاف بين مالك المال وصاحب اليد عليه يطبق أصل الإثبات الشرعي، وهو أن البينة على المدعي وأن اليمين على من أنكر، أي على المدعى عليه.

ويعرف الفقهاء المدعي كما سبق القول بأنه من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو الكثير الغالب، والمدعى عليه بخلافه، فإذا كان الأمين في مركز المدعي لزمته البينة وإلا ضمن، وإذا كان في مركز المدعى عليه لم يلزمه غير اليمين، وذكروا أوضاعاً وأحوالاً وظروفاً تعد قرائن لصالح مالك المال ضد الأمين تضعه في مركز المدعي فيلزمه الإثبات، أو بعبارة أخرى تنقل إليه عبء الإثبات، لأن الأصل فيه في نظرهم أنه مدعى عليه وأن القول قوله وأنه مصدق لا يلزمه غير اليمين.

1. تضمين المرتهن

يرى بعض الفقهاء، وهم الحنفية، أن الرهن نوع من الوفاء بالدين المعلق على شرط فاسخ، فإن أدى المدين الدين المرهون فيه في موعده فإن هذا الوفاء يفسخ ويرد المرتهن العين المرهونة إلى الراهن وإلا مضى المرتهن في بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه، فإن هلك المال المرهون تحت يد المرتهن تعذر الرد واعتبر الدائن المرتهن مستوفياً من الدين بمقدار قيمة المال الهالك، أما باقي القيمة فإنها تهلك على الأمانة عند البعض، ويجب على المرتهن ردها إلى الراهن عند البعض الآخر.





جاء في الهداية شرح البداية: ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن[4].

وقال البغدادي: وقدر الدين من الرهن مضمون عند علمائنا إن هلك بلا صنع المرتهن والفضل أمانة لا يضمن إلا بما تضمن به الوديعة صرح به في الفصولين وغيره فلو هلك الرهن عند المرتهن بلا صنع ولا تضييع منه كان مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين فلو كان الدين وقيمته سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما ولو كانت قيمته أقل رجع المرتهن بالفضل وإذا كانت قيمته أكثر فالفضل أمانة[5].

فهذا الضمان ليس مناطه التعدي كالشأن في ضمان بقية الأمناء، بل مناطه كما ذكرنا الاستيفاء الحكمي عندهم. أي أن المرتهن ضامن للرهن في حدود مقدار الدين ولو أثبت عدم تعديث أو تفريطه، أما إذا تعدى المرتهن فإنه يضمن ما زاد على الدين من قيمة الرهن، لأن المرتهن كان فيه أميناً فتعدى فضمن.

أما جمهور الفقهاء فيعاملون المرتهن معاملة بقية الأمناء ويخضعونه للقاعدة الموضوعية وهي أن التعدي مناط التضمين، وقاعدة الإثبات، وهي أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وذلك في حالة الاختلاف بينه وبين مالك المال أي المدين الراهن.

جاء في بداية المجتهد: "فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث".(2 / 276)

وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه.

وممن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي إلا أن مالكا يقول إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فإنه لا يضمن.

وقال الأوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم.وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب. (2 / 277)

فهذا النص يفيد أن في هلاك الرهن تحت يد المرتهن مذاهب ثلاثة، **أولها**: أن الرهن أمانة فى يد المرتهن، وهلاكه من الراهن المالك، والقول قول المرتهن مع البينة، أنه ما فرّط وما جنى عليه، **وثانيها**، أن المرتهن يضمن الرهن على كل حال قامت بينة للمرتهن على هلاكه أم لم تقم، أي أن يد المرتهن عليه يد ضمان، وثالثها أن المرتهن ضامن فيما يغاب عليه، حتى تقوم له بينة بعدم التعدي، ومؤتمن فيما لا يغاب عليه، فلا يضمن إلا إذا قدم الراهن دليلا على تعدي المرتهن أو تفريطه، أي أن المرتهن مدعى عليه والراهن مدع تلزمه البينة.

---

4 الهداية شرح البداية ج 4 ص 130

5 مجمع الضمانات ج 1 ص 143



2. تضمين المستعير

يرى بعض الفقهاء أن المستعير يضمن العارية في جميع الأحوال، فإذا هلك المال المستعار تحت يده كان ضامناً له مهما كان سبب الهلاك، أي ولو أثبت المستعير أن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه، وهذا قد يعني عند هؤلاء، أن التعدي مفترض في حق المستعير افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، لأن الأصل أنه من طائفة الأمناء الذين لا يضمنون إلا بالتعدي، والذي نراه هو أن سبب وجوب الضمان على المستعير هو أنه يحوز أو يضع يده على مال الغير لمصلحة نفسه فكان ضامناً له، تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم أو الخراج بالضمان.

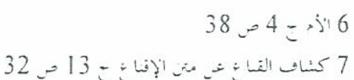
جاء في الأم: (قال الربيع) قوله الذى نأخذ به في المستعير أنه يضمن، تعدى أو لم يتعد لحديث النبي صلى الله عليه وسلم " العارية مضمونة مؤداة "[6] وهو آخر قوله.

وفي كشاف القناع عن متن الإقناع: وَأَشَارَ أَحْمَدُ إلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْعَارِيَّةِ وَالْوَدِيعَةِ بِأَنَّ الْعَارِيَّةَ أَخَذَتْهَا الْيَدُ وَالْوَدِيعَةُ دُفِعَتْ إلَيْكَ وَلِأَنَّهُ أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ مُنْفَرِدًا بِنَفْعِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ وَلَا إذْنَ فِي إتْلَافٍ فَكَانَ مَضْمُونًا كَالْغَصْبِ[7].

وأما بقية الفقهاء فإنهم يعاملون المستعير معاملة الأمين فلا يضمنونه بدون تعد ويخضعونه للأصلين الشرعيين السابقين في الضمان، وهما أن التعدي مناط تضمين الأمناء، وأنه عند الاختلاف في التعدي بين مالك المال والأمين عليه فإنه يطبق أصل الإثبات، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر أي على المدعى عليه، فإن كان المستعير في مركز المدعي وجب عليه إثبات الهلاك، وأنه حدث دون تعد منه ولا تفريط، وأما إذا كان في مركز المدعى عليه فالقول قوله وهو مصدق في دعوى الهلاك دون تعد، ولا يلزمه إلا حلف اليمين، وهذا ليس نقلاً لعبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه بالمعنى الفني الدقيق، بل إن الإثبات يلزمه أصالة وابتداء، لأنه صار في مركز المدعي، وعلى المدعي إثبات عدم التعدي أو التفريط وإلا ضمن.

وقد فرق بعض الفقهاء بين ما يغاب عليه فيضمن المستعير إذا لم يقدم على التلف بينة، وبين ما لا يغاب عليه فلا ضمان على المستعير حتى يقدم المعير البينة على تعدي المستعير.

جاء في بداية المجتهد: فمنهم من قال إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحد قولي مالك، ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا، وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه.



6 الأم ج 4 ص 38

7 كشاف القناع عن متن الإقناع ج 13 ص 32



3. تضمين الصانع والأجير المشترك

اختلف الفقهاء في تضمين الصانع والأجير المشترك وطائفة أخرى من الأجراء الذين يقومون بعملهم للعامة، أي لعدد كبير من الناس وذلك على ثلاثة مذاهب[8]:

المذهب الأول:

ويرى أصحابه وهم أن الصناع لا يضمنون ما هلك تحت أيديهم من أمتعة الناس وأموالهم إلا بالتعدي أو التفريط، وأن القول قولهم، وأن على صاحب المتاع إن ادعى التعدي أو التفريط منهم أن يقيم هو الدليل على ذلك، وبعبارة أخرى، فإن أصحاب هذا المذهب يضعون الصانع في مركز المدعى عليه، وأصحاب السلع في مركز المنكر أوالمدعي، ويطبقون عليهم الأصل الكلي القطعي في الإثبات ويحققون مناطه فيهم عند الاختلاف بين الصانع وصاحب المتاع، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وقد تمسك أصحاب هذا المذهب، بعد اتفاقهم على أن التعدي هو مناط الضمان، بأن الظاهر في نظرهم كان يشهد للصانع إذا ادعى الهلاك دون تعد أو تفريط، وذلك لأنه قد غلب على هذه الطائفة الصدق والأمانة وقل فيهم الكذب والخيانة، في نظرأصحاب هذا المذهب في زمن كان للدين فيه سلطان على نفوس الصناع.

وهذا اجتهاد منهم في تحقيق مناط الحديث: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" فقد أداهم اجتهادهم إلى أن الصناع مدعى عليهم، لأن دعواهم يشهد لها الظاهر والكثير الغالب، فهذه مسألة واقع تتعلق بتحقيق المناط وتختلف فيه الاجتهادات حسب قرائن الحال، واختلاف الزمان والمكان والعادات والتقاليد ومدى الالتزام بقيم وتعاليم الإسلام.

المذهب الثاني:

ويرى أصحابه وهم أن الصناع يضمنون ما هلك تحت أيديهم من أمتعة الناس، أي يضعونهم في مركز المدعي ويلزمونهم بإقامة البينة على أن الهلاك لم يكن بتعديهم، بل بسبب لا يد لهم فيه، فإن أقاموا البينة برئت ذمتهم من الضمان

---

8 بداية المجتهد - (2 / 232) وفيه:وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه.

وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر.

وللشافعي قولان في المشترك.

والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبتضمين الصناع قال علي وعمر وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك.

وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة.

وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن.

وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ..



وإلا ضمنوا، وقد روي عن علي ﷺ أنه قضى بتضمينهم وقال "لا يصلح الناس إلا ذلك"[9].

وقد استثنى ابن رشد وابن المواز من وجوب الضمان بسبب الصنعة حالة ما إذا كان في الصنعة تغرير، أي أن تكون الصنعة دقيقة وتحتاج إلى مهارة متميزة، مثل ثقب اللآلي ونقش الفصوص، وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب عند الصباغ، فلا ضمان على الصانع فيها، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها، أو أخذها على غير وجه مأخذها، فدقة الصنعة تعدّ قرينة تشهد لصالح الصانع فتضعه في مركز المدعى عليه، وتضع صاحب المتاع في مركز المدعي، الذي يلتزم بتقديم الدليل على تعدى الصانع أو تفريطه أو مخالفة قواعد وأصول الصنعة أو المهنة.

جاء في مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: قال في التوضيح ابن رشد: والضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير، وأما إن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب عند الصباغ فلا ضمان عليه فيها إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها ونحوه لابن المواز انتهى[10].

ولقد برر هؤلاء الفقهاء تضمين الصانع بالواقع وظاهر الحال حيث رأوا أنه قد فشى الكذب وانتشرت الخيانة بين أفراد هذه الطائفة في زمن علي ﷺ، فإن ادعوا الهلاك دون تعد من جانبهم، والحال كذلك، كان الظاهر والكثير الغالب يكذب دعواهم، وبذلك يكون مناط التضمين قد تحقق فيهم، لأنهم صاروا مدعين، وعلى المدعي إقامة البينة. فهؤلاء الفقهاء بعد اتفاقهم على أن ضمان الأمين يحكمه الأصلان الشرعيان، وهما أن التعدي مناط الضمان، وأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، عند الاختلاف، رأوا أن الصناع قد تحقق فيهم مناط قاعدة وجوب الإثبات، وهو أنهم مدعون تلزمهم البينة لأنهم يدعون خلاف الظاهر والكثير الغالب من أحوالهم بسبب تفشى الكذب وانتشار الخيانة بين أقران هذه الطائفة، فكانوا لذلك مدعين ولزمتهم البينة.

المذهب الثالث:

يرى أصحاب هذا المذهب أن الصانع والأجير المشترك وأمثالهم من مقدمي خدماتهم للعامة، أي لعدد كبير من الناس يضمنون ما تحت أيديهم من المتاع إذا هلك أو تلف مهما كانت أسباب هذا الهلاك والتلف، مثلهم في ذلك مثل الغاصب، وعلى ذلك فإنه لا يعفيهم من هذا الضمان إثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، أي ولو أثبتوا أن هلاك المتاع كان بسبب لا يد لهم فيه ولا قدرة لهم على توقعه أو تفادية أو تلافي آثاره.

---

9 الأم (4 / 41) قال فيه:
وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ضمن الغسال والصباغ وقال لا يصلح الناس إلا بذلك. أخبرنا بذلك إبراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا رضي الله عنه قال ذلك. ويروى عن عمر تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحدا منهما يثبت، وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء من وجه لا يثبت مثله (قال الشافعي) وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع ولا على أجير فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسألة فيه فهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده ولأن الجناية لا تبطل عن أحد وكذلك لو تعدوا ضمنوا (قال الربيع) الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الضياع اه.

10 مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ج 7 ص 558



قال ابن رشد: وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ.(بداية المجتهد – (2 / 232)

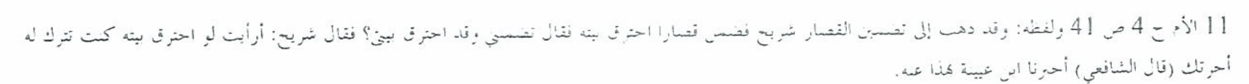
وقد يعني هذا أن هناك قرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس على تعدي الصناع، وقد برر بعض أصحاب هذا المذهب الحكم بالضمان بالمصلحة العامة في حماية الأموال التي تقدم على مصلحة الصناع الخاصة، وبررة بعضهم بأنهم يحوزون المتاع لمصلحتهم المتمثلة في أخذ الأجرة، والذي نراه هو أن هذا الرأي يعد تطبيقاً لقاعدة الغنم بالغرم، لأن عقد الاستصناع من عقود المعاوضات، فإذا استحق الأجير المشترك أجرته، فإن عليه أن يضمن هلاك المتاع لصاحبه. وقد روي عن شريح أنه ضمن الصانع "فقال له الصانع" كيف تضمني وقد احترق المتاع، فقال له: أرأيت إذا احترق بيته أكنت تاركاً له أجرتك[11]"، فهذا يشير إلى أنه عقد معاوضة يوجب الضمان.

الفرق بين المذهب الأول والثاني:

أما المذهب الثالث فواضح أنه يعامل يد الصناع ومن ذكر معهم معاملة يد الضمان فيضمنهم على كل حال كما ذكرنا، أما المذهبان الأول والثاني فإنهما يطبقان الأصل الشرعي الكلي الذي يحكم ضمان الأمناء، وهو أن التعدي مناط الضمان، وأن هذا الحكم يدور مع ذلك المناط وجوداً وعدماً، فإذا وجد التعدي وجب الضمان وإلا فلا. كما أنهما يطبقان الأصل الشرعي الكلي في الإثبات، وهو أن البينة على المدعي وأن اليمين على من أنكر، ولما كان المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب وأن المدعى عليه خلافه، فقط ظهر لأصحاب المذهب الأول أن الظاهر كان يشهد لطائفة الصناع فعاملوهم معاملة المدعى عليه، وألزموا مالك المتاع بالإثبات لأنه في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر، وأما أصحاب المذهب الثاني فقد ظهر لهم فشو الخيانة وكثرة الكذب في طائفة الصناع، فإذا ادعوا هلاك ما بأيديهم من الأمتعة كانت دعواهم على خلاف الظاهر والكثير الغالب من كذبهم، فكانوا مدعين فألزموهم بالضمان إذا عجزوا عن هذا الإثبات.

فهذا النهج تطبيق صحيح للحكم الشرعي الموضوعي في ضمان الأمناء، وهو أن التعدي مناط الضمان، والحكم الشرعي في الإثبات، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وهما متفقان على هذين الحكمين، والخلاف بينهما في تحقيق مناطهما في نازلة تضمين الصناع.

وهذا هو المنهج الذي نؤمن به في تضمين بقية الأمناء.



11 الأم ج 4 ص 41 ولفظه: وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح فضمن قصارا احترق بيته فقال تضمني وقد احترق بيتي؟ فقال شريح: أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك (قال الشافعي) أخبرنا ابن عيينة بهذا عنه.



الفصل الثاني:

الأصول الحاكمة لضمان الأمناء

يحكم ضمان الامناء أصلان شرعيان كليان يفيد كل منهما القطع، وهما من الأصول أو الأحكام الثابتة التي لا يلحقها التغيير ولا التبديل وإن وقع الخلاف في تحقيق مناط الأصل، أي علته وسببه، في بعض الجزئيات والوقائع والنوازل، كالشأن في الأصول الشرعية الكلية التي تفيد القطع.

وهذه الأصول لا تؤخذ من نص واحد ولا يدل عليها دليل معين، بل تؤخذ من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، ثم تطبق أو يحقق مناطها في النوازل والحوادث الجديدة التي ليس فيها بعنها حكم للشرع، وهنا قد يختلف الاجتهاد ويسمى الاجتهاد في تحقيق المناط.

والاجتهاد في تحقيق المناط اجتهاد باق إلى يوم القيامة لا ينقطع، لأنه تتريل الأحكام الشرعية بعد تحديد مناطاتها على مالا يحصى من الوقائع والنوازل. والأصل أو الحكم الشرعي يتكون من جزئين، أحدهما الحكم نفسه، وثانيهما مناط أو علة أو سبب هذا الحكم، أي ما أناط الشارع به هذا الحكم وجوداً وعدماً، فوجوب ضمان الأمين هو جزء الحكم الشرعي الأول، والتعدي أو التفريط هو مناطه أو جزؤه الثاني، ونحن نعطي هذا الحكم، وهو وجوب التضمين للأمين إذا تحقق فيه مناطه، أي التعدي أو التفريط.

ولا خلاف بين المجتهدين في أن مناط تضمين الأمين هو تعديه أو تفريطه، وأن وجوب التضمين يدور مع هذا المناط وجوداً وعدماً، فإذا تعدى الأمين ضمن، وإذا لم يقع منه تعد لا يضمن، وهنا يحتاج الفقيه إلى تحديد المقصود بالتعدي وما يدخل فيه من صور التفريط في حفظ مال الأمانة والخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه إن كان الامين قد حازه بقصد استثماره كالمضارب، كما يحتاج إلى تحديد المقصود بمحل الضمان، أي ما يضمنه الأمين كالهلاك والتلف والضياع والسرقة والحريق وغيرها، وكذلك أنواع الأموال الهالكة: الأعيان والمنافع أو الخسارة والربح الفائت ونقص القيمة السوقية.

ونتكلم عن هذين الأصلين الذين يحكمان ضمان الأمين:

الأصل الأول:

الأصل الأول، وهو الحكم الموضوعي في الضمان، هو أن التعدي مناط وجوب ضمان الأمين، وقد ذكرنا أن هذا أصل كلي أو قاعدة عامة تتضمن الحكم الشرعي، وهو وجوب الضمان، ومناطه أي سببه وعلته، وهو فعل التعدي أو التفريط، وذكرنا أن هذا الحكم يدور مع هذا المناط أو تلك العلة وجوداً وعدماً.

ولم يخالف أحد من الفقهاء في أن ضمان الأمين، طالما اعتبر الحائز أميناً، هو تعديه على المال الذي اؤتمن عليه أو تفريطه في حفظه أو خطؤه في إدارته واتخاذ القرارات المناسبة بشأن استثماره إن كان الأمين قد حاز هذا المال لاستثماره.





ولقد تقدم أن بعض الفقهاء يعامل بعض الأيدي الأمينة معاملة يد الضمان، كيد المستعير والمرتهن والصانع أو الأجير المشترك، وقد بينت أن هذه المعاملة كانت لسبب آخر غير تعدي الأمين، فالمستعير يضمن المال المستعار لأنه هو وحده المستفيد منه أو المنتفع به، فكان الغنم بالغرم وليس لأنه قد تعدى عليه عند هؤلاء.

- والمرتهن يضمن المال المرهون عند هلاكه في حدود دينه أو مطلقاً بناء على قاعدة الاستيفاء الحكمي وقد تقدم شرحها.

- أما الذين ضمنوا الصناع فقد ضمنوهم بناء على أنهم أمناء، وأن مناط تضمينهم هو التعدي، غير أنهم طبقوا عليهم قاعدة الإثبات عند الاختلاف بينهم وبين أرباب السلع في التعدي، فقضوا بتضمينهم لأنهم كانوا مدعين للهلاك في نظرهم، لأن دعواهم كانت على خلاف الظاهر في زمن ضعف فيه سلطان الدين على نفوسهم.

أما جمهول الفقهاء فقد عاملوا المستعير والمرتهن والصانع، معاملة باقي الأمناء وطبقوا عليهم الأصل الكلي في الضمان، وهو أن التعدي مناط الضمان، والأصل الكلي في الإثبات، عند الاختلاف مع المعير والراهن وأرباب المتاع وهو أن البينة على المدعي وأن اليمين على من أنكر كما سيلي.

الأصل الثاني:

وهو حكم الاثبات عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه، وهو الحديث الصحيح **"البينة على المدعي واليمين على من أنكر"** وهو كما ذكرنا أكثر من مرة من الأصول الكلية القطعية التي تدور عليها أحكام الإثبات في الشريعة الإسلامية، وهو حكم ثابت دائم لا يتغيير ولا يتبدل، ذلك أن الأحكام الشرعية بعد تحديد مناطاتها ثابتة لا يلحقها التغيير ولا التبديل، والاجتهاد إنما يكون في تطبيقها أو في تحقيق مناطها في الوقائع والنوازل الجديدة التي ليس فيهانص حكم للشارع.

فإذا اختلف مالك المال مع الأمين عليه، فادعى الأول على الأمين أنه أهلك المال أو أتلفة بتعديه أو تفريطه وأنكر ذلك الأمين، وادعى أن الهلاك لم يكن بسببه، بل كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره، -عند هذا الاختلاف – نطبق الأصل الشرعي في الإثبات، فإذا كانت دعوى الأمين على خلاف الظاهر والكثير الغالب أو بعبارة أخرى لا يشهد لها الظاهر، أو يكذبها الكثير الغالب كان الأمين في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة البينة على عدم التعدي، وكان مالك المال في هذه الحالة مدعى عليه لا يلزمه غير اليمين.

وقد طبق الفقهاء ذلك على الصناع، فعندما كان للدين سلطان على نفوسهم وقل فيهم الكذب وندرت الخيانة زمن النبوة والخلافة الراشدة حتى خلافة علي ﷺ قضى الفقهاء بأن القول قولهم وأنهم لا يضمنون ما هلك تحت أيديهم، وبعبارة أخرى كانوا في مركز المدعى عليه، لأن الظاهر والكثير الغالب كان يشهد لهم فلم يلزمهم إقامة الدليل على عدم تعديهم.



وفي زمن علي بن أبي طالب ﷺ تغير الحال، ففشى الكذب وعمت الخيانة بين أفراد طائفة الصناع فطولبوا بالدليل على عدم التعدي عند دعوى الهلاك وإلا ضمنوا ما هلك تحت أيديهم، أي أن هؤلاء الفقهاء وضعوهم في مركز المدعي الذي يطالب بالدليل على أن الهلاك لم يكن بتعديه وإلا ضمن ما هلك تحت يده.

وكما ذكرنا سابقاً فإن الحكم الشرعي في الإثبات بعد تحديد مناطه لم يتغير ولم يتبدل، فقد أناط الشارع اليمين بكون الشخص مدعى عليه، وأناط وجوب البينة بكون الشخص مدعياً، والاجتهاد يقع في تحقيق مناط هذا الحكم وتطبيقه على طائفة الصناع، فإذا كان الصانع في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب لزمته البينة، وإذا كان في مركز المدعى عليه، لأن دعواه عدم التعدي يؤيدها الظاهر والكثير الغالب في هذه الطائفة فإنه يصدق ويكون القول قوله على حد قول الفقهاء وليس عليه غير حلف اليمين أنه ما تعدى وما فرط.

وسوف نرى أن فتوى الأمام مالك وصاحبي أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد بتضمين الصناع ليست فتوى على خلاف الدليل كما ظن بعض الباحثين، أو أن سندها مصلحة غريبة مجردة لا يدعمها دليل، بل هي تطبيق للأدلة الشرعية تطبيقاً صحيحاً، وذلك بتحقيق مناط هذه الأدلة في الصانع بحسب حال طائفة الصناع وما يظهر عليهم ويكثر فيهم مما يجعلهم في مركز المدعي.

تطبيق هذين الأصلين على بقية الأمناء

إن منهج الاجتهاد الذي سلكه الإمام مالك وأبويوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة يجب تطبيقه على جميع الأمناء كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار وغيرهم إذ أنهم جميعاً يدخلون تحت طائفة الأمناء فيخضعون للحكم الموضوعي في الضمان، وهو أن التعدي مناط الضمان، وأن هذا الحكم يدور مع هذا المناط وجوداً وعدماً، فلا يضمن المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار دون تعد على موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار أو تفريط في حفظ هذه الموجودات، أو خطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأن استثمار رأس المال، أي إدارة عمليات المضاربة والمشاركة والوكالة بمستوى من الحيطة والحذر الذين يتوقعان من خبير في الاستثمار.

ولا أرى أن هناك فرقاً بين الصناع في خلافة علي ﷺ، وبين المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار في هذا الزمان الذي ضعف فيه سلطان الدين على النفوس وخربت الذمم وتفشى فيه الكذب وانتشرت الخيانة، وذلك بدرجة لا تقارن بطائفة الصناع في خلافة علي ﷺ، بل إن تضمين المضارب وما ذكر معه للتهمة في زماننا أولى لأن التهمة أقوى، وذلك حماية للمال وتحقيقاً للمصلحة وسداً لذريعة ضياع الأموال. ومما يقوي ذلك أن كلاً من المضارب والشريكة المدير والوكيل في الاستثمار يحوز رأس المال لمصلحة مشتركة بينه وبين رب المال، إذ أن المضارب يشارك رب المال في الربح المتحقق، والوكيل يستحق أجراً وحافزاً، والشريك المدير يزيد حصته في الربح مقابل الإدارة فلا يعاملون معاملة المودَع الذي يحوز المال لمنفعة المودِع فحسب، بل معاملة الصانع في نقل عبء الإثبات.





الفصل الثالث:
القرائن التي تنقل عبء الإثبات إلى الأمين

أعرض في هذا الفصل مجموعة من القرائن التي تقوى دعوى مالك المال أن هلاكه كان بتعدي الأمين عليه، وتكذب دعوى الأمين عدم التعدي، وتضعه في مركز المدعي الذي يلزمه إثبات أن الهلاك لم يكن بتعديه، بل كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وإلا ضمن الهلاك والضياع والتلف والخسارة والربح المتوقع أو المتحقق دون نقص القيمة السوقية، على نحو ما سبق تفصيله.

طبيعة القرائن ودورها في الإثبات

هذه القرائن تنقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه، لأنها تضع الأمين في مركز المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر وخلاف العرف والكثير الغالب. وهذه القرائن قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، فيجوز للأمين أن يثبت عكس ما تفيده القرينة، أي إثبات أن الهلاك لم يكن بتعديه أوتفريطه، بل كان بسبب لا يد له فيه. فهنا ينتفي عمل القرينة وأثرها، لأن الشأن فيها أنها ليست قاطعة في الإثبات، بل شاهدة على كذب الأمين في دعواه الهلاك دون تعد منه ولا تفريط، وبعبارة أخرى فإن القرينة تفيد الظن الراجح بكذب دعوى الأمين عدم التعدي، بحيث تكون دعواه على خلاف الذي تفيده هذه القرينة، وتكون القرينة شاهدة لمالك المال ضد الأمين، وتضعه في جانب المدعى عليه.

ويعبر البعض عن هذا الدور الذي تلعبه القرينة بأنه نقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه، إذ الأصل، كما يقول هذا البعض، أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي، وأنه مصدق في دعواه وأن القول قوله في دعوى أن الهلاك لم يكن بتعديه.

والذي نراه أنه ليس هناك أصل، أي دليل من نص أو إجماع على أن الأمين مصدق في دعواه الهلاك والتلف دون تعديه، وأن القول قوله في جميع الحالات، بل إن الفقهاء اعتمدوا في ذلك على أن الأصل براءة ذمة الأمين، وأنه يجب استصحاب هذا الحال.

والواقع أن هذا الأصل يمكن معارضته بأصل أقوى منه، ذلك أن الأمين قد حاز مال الغير بإذنه بيقين، وأنه يجب عليه رده إلى مالكه لقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا "[12]، ولقوله عليه الصلاة والسلام "أد الأمانة إلى من ائتمنك"، ولقوله: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، ولأن المال لا زال مملوكاً لصاحبه، وقد تقرر أن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله، وأنه لا يزول بمجرد دعوى الأمين الهلاك، ومن جهة أخرى فإنه إذا ثبت وجود المال عند قبض الأمين له فالأصل والظاهر بقاؤه، وأنه لا يهلك ولا يتلف ولا يلحقه الخسران، إلا نادراً والنادر لا حكم له.

وعلى سبيل المثال إذا ثبت بيقين أن المضارب قد تسلم رأس مال المضاربة وصار رأس المال موجودات، فهل يكون الأصل والكثير الغالب في الحياة العملية هلاك موجودات المضاربات وخسارتها وأنها لا تحقق أرباحاً على الدوام، ويبنى


12 النساء 58



على ذلك أن القول قول كل مضارب في الهلاك والخسران، وأنه يصدق بمجرد دعواه هلاك موجودات المضاربة وخسارتها دون دليل، بحجة أن الأصل والظاهر والكثير الغالب في المضاربات أن تهلك موجوداتها وأن تحقق خسارة، وأنه في النادر اليسير تبقى هذه الموجودات وتحقق المضاربة أرباحاً. هذا غير متصور في الواقع، ولذلك لا نوافق على أن الأصل هو قبول دعوى الأمين في جميع الحالات، أي حتى إذا دلت القرائن على كذب دعواه لأنها جاءت على خلاف الأصل والظاهر والكثير الغالب.

والحق هو ما قلناه من أن ضمان الأمين يخضع لأصلين شرعيين، **أحدهما:** يحكم موضوع الضمان نفسه وهو أن التعدي والتفريط مناط الضمان، **وثانيهما:** متعلق بالإثبات، وهو أنه عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه لا نحكم بأن القول قول الأمين وأنه مصدق على الإطلاق في دعواه، بل نطبق الأصل الشرعي في الإثبات، وهو أن البينة تكون على المدعي وأن اليمين تكون على المنكر أي المدعى عليه، فإذا كان الأمين مدعى عليه، لأن الأصل أو الظاهر يشهد على صدقه، فإنه لا يقضى عليه بالضمان إلا أن يقيم مالك المال الدليل على تعديه، وأما إذا كانت دعوى الأمين هلاك المال دون تعديه على خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب فإنه يكون مدعياً ويلزمه إقامة الدليل على عدم تعديه وإلا قضي عليه بالضمان، فلا يجوز إطلاق القول بأن القول قول الأمين وأنه مصدق دائماً في دعواه الهلاك والتلف والخسران في جميع الحالات، بل ذلك مشروط ومقيد بما إذا كان الأمين في مركز المدعى عليه، أما إذا كان الأمين في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب الذي تفيده القرينة فإنه لا يصح القول مع وجود هذه القرينة بأنه مصدق وأن القول قوله.

فالصناع من طائفة الأمناء، ولم يحكم جمهور الفقهاء بأنهم مصدقون دائماً وأن القول قولهم في دعوى الهلاك والخسران في جميع الحالات، بل كانوا مصدقين وكان القول قولهم في عصر النبوة وبعده حتى عصر خلافة علي بن أبي طالب ﷺ، لأنهم كانو في مركز المدعى عليه، لأن دعواهم الهلاك دون تعد منهم شهد لها الظاهر والعرف والعادة والكثير الغالب فيهم في عهد عرفوا فيه بالصدق والأمانة وكانت الخيانة نادرة فيهم، ولم يصدقوا في دعواهم الهلاك دون تعد ولم يكن القول قولهم في خلافة علي ﷺ فقد ضمنهم وقال "لا يصلح الناس إلا ذلك"، وألزمهم إذا أرادوا التخلص من الضمان أن يثبتوا واقعة الهلاك أولاً وأن هذا الهلاك لم يكن بتعديهم ثانياً وإلا ضمنوا.

هذه القرائن كما قلنا تقوي جانب مالك المال وتضعه في مركز المدعى عليه، وهي تمثل الظاهر الذي يشهد لدعواه، وتضع الأمين في مركز المدعي الذي يلزمه إقامة البينة على أن هلاك ما تحت يده من مال لم يكن بسبب تعديه أو تفريطه، ولقد جرى على ألسنة الفقهاء أن هذه القرائن تكذب دعوى الأمين أن هلاك المال كان دون تعد ولا تفريط، وتلزمه بالضمان ما لم يثبت هذه الدعوى والمقصود هو أن القرينة ترجح جانب الكذب في دعوى الأمين، ولكنها لا تقطع بكذبها، ولذا جاز للأمين أن يبين خلاف ما تدل عليه القرينة فيبرأ من الضمان.

ولقد تقدم القول بأن ضمان الأمين لهلاك أو تلف أو خسران ما تحت يده من أموال الغير يحكمه أصلان شرعيان:



الأصل الأول:

"وهو الحكم في موضوع الضمان يتمثل في أن تعدي الأمين أو تفريطه هو مناط ضمان هلاك أو تلف ما تحت يده من أموال الغير"، وأن هذا الحكم، وهو وجوب الضمان يدور مع هذا المناط أو السبب أو العلة وجوداً وعدماً، فإذا وجد التعدي وجب الضمان وإذا انتفى التعدي انتفى الضمان مالم يكن للضمان أساس آخر، كقاعدة الغنم بالغرم في ضمان المستعير والقابض على سوم الشراء، أوقاعدة الاستيفاء الحكمي في ضمان المرتهن عند الحنفية، أو أصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في تضمين الصناع، وهناك أسباب أخرى للضمان غير التعدي عند بعض الفقهاء، فكلما وجد تعد من الأمين وجب عليه الضمان، وقد يوجد الضمان لأسباب وأخرى كما تقدم في المستعير والمرتهن والصانع.

الأصل الثاني:

وهو حكم الإثبات، يتمثل في قوله ﷺ: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، فإذا حدث خلاف في تعدي الأمين وعدمه فادعى الأمين هلاك المال دون تعديه، وادعي مالك المال تعدي الأمين وجب تطبيق حكم الإثبات، فمن كان منهما في مركز المدعي وجب عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، ومن كان منهما في مركز المدعى عليه لم يلزمه غير حلف اليمين.

ولقد ذكرنا أكثر من مرة أن هذين الأصلين من الأصول الشرعية الكلية التي لم تؤخذ من نص واحد ولم يدل عليها دليل معين، بل أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، وأنهما من الأحكام الشرعية الثابتة التي لا تتغير ولا تتبدل وإنما يتغير الاجتهاد في تحقيق مناطها في النوازل والجزئيات التي ليس فيها نص حكم للشارع، ذلك أن الأحكام الشرعية بعد تحديد مناطاتها أو عللها وأسبابها بطريق من طرق إثبات العلية مثل تخريج المناط أو تنقيحه، إذا لم تكن العلة منصوصاً عليها، - لا تتغير ولا تتبدل، فإذا أناط الشارع وجوب الضمان على الامين بتعديه أو تفريطه وجب تطبيق هذا الحكم، وهو وجوب الضمان على جميع الوقائع والنوازل التي يتحقق فيها هذا المناط وهو التعدي، فالاجتهاد يكون في تحقيق المناط وهو كون الأمين متعدياً، أو مدعياً أو مدعى عليه.

وقد طلب الحديث الشريف البينة من المدعي وطلب اليمين من المنكر أي المدعى عليه، فكان مناط طلب البينة هو أن يكون الشخص في مركز المدعي، وكان مناط طلب اليمين هو أن يكون الشخص منكراً أو في مركز المدعى عليه، وهذان الحكمان - بعد تحديد مناطهما على النحو المتقدم - ثابتان لا يلحقها تغيير ولا تبديل كما ذكرنا، وإنما يكون الاجتهاد في تحقيق مناط كل حكم منهما، فمن كان في مركز المدعي، مالك المال أو الأمين عليه، لزمته البينة، ومن كان منهما في مركز المنكر أو المدعى عليه لم يلزمه غير حلف اليمين.

ولكن متى يكون الشخص في مركز المدعي ومتى يكون في مركز المدعى عليه؟؛ لقد عرف الفقهاء كلاً من المدعي والمدعى عليه، ولهم في هذا التعريف عبارات مختلفة تؤدي معنى واحداً: **فالمدعي** هو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب، أو من كانت دعواه على خلاف أصل أو عرف أو ظاهر أو كثير غالب، أو من يكذب دعواه أصل أو عرف أو ظاهر أو كثير غالب، أو من لا يشهد له شيء من ذلك.

والمدعى عليه هو خلافه؛ أي من يشهد لدعواه أصل أو عرف أو ظاهر أو كثير غالب.



يقول القرافي: "قاعدة – في ضبط المدعي والمدعي عليه قال عليه الصلاة والسلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فليس المدعي الطالب ولا المدعى عليه المطلوب، بل من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعي – وعليه البينة والظاهر ينقسم إلى العادة وظاهر الحال والقرائن الحالية والمقالية وكل ما أفاد ظن الصدق كمدعي شغل الذمة والأصل براءتها كولادة الانسان بريئا من جميع الحقوق، ومدعي الرد وقد قبض ببينة، فالعادة تؤثر سوء الظن في الرد بغير بينة، وكمدعي انفاق مال المحجور فيما لا يشبه عادته، فهؤلاء مطلوبون وهم مدعون وعليهم البينة، ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر فهو المدعي عليه ويصدق مع يمينه كخصوم هؤلاء المتقدمين، وبعبارة أخرى المدعى عليه هو أرجح المتداعيين سببا والآخر المدعي وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعي في القراض وغيره"[13]

فالقرائن التي نقصدها في هذا البحث هي كل ما يقوي جانب مالك المال ويشهد بصدق دعواه على تعدي الأمين، ويضعه في مركز المدعى عليه، ويشهد بكذب دعوى الأمين الهلاك دون تعد ولا تفريط، وتضعه في مركز المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر، ويلزمه بإثبات أن هلاك المال لم يكن بتعديه ولا تفريطه، وإلا ضمن. وواضح من النص المتقدم أن هذه القاعدة تطبق على جميع الأمناء وعلى جميع عقود الأمانة بما في ذلك عقد القراض أو المضاربة.

وهذه القرائن كما ذكرنا قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، فلمن قامت القرينة ضده أن يثبت عكسها، فإذا قامت التهمة في حق الأمين، أي تهمة التعدي والتفريط أو الخيانة، فإنه يصير مدعياً يلزمه هو إثبات دعواه أن هلاك المال لم يكن بتعديه ولا بتفريطه، فإن هو قام بهذا الإثبات برئت ذمته من الضمان. فهذه القرائن لا تصير يد الأمانة يد ضمان كما ذكر بعد الباحثين[14]، بل أن غاية ما تفيده هو أنها تنقل عبء الإثبات إلى الأمين نتيجة لأنها تضعه في مركز المدعي.

- وهذه القرائن غير محددة ولا محصورة في عدد معين، بل إن كل ما يقوي أو يشهد لدعوى أحد المتداعيين يعد قرينة تقوي جانبه وتشهد بصدق دعواه وتضعه في مركز المدعى عليه ويعفيه من البينة، ويضع خصمه في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة البينة، على خلاف ما شهدت به القرينة.

- وهذه القرائن تخضع لظروف الزمان والمكان والأعراف والعادات ومستوى الالتزام بقيم وتعاليم الإسلام والوضع الاقتصادي والاجتماعي والنفسي وظروف السوق ونوع وطبيعة المال المؤتمن عليه، وسلوك الأمين وغير ذلك كما سنرى.

وقد أشار الفقهاء إلى بعض هذه القرائن وحكموا بأنها تقوي جانب مالك المال وتكون شاهدة لصدق دعواه ضد الأمين، وتضعه في مركز المدعى عليه الذي تشهد له هذه القرائن وتعفيه من إثبات دعواه على تعدي الأمين أو تفريطه، وتكذب أو توهن أو تضعف دعوى الأمين عدم التعدي أو التفريط، لأن دعواه تكون على خلاف الظاهر والغالب الذي تفيده القرينة، لأن القرينة تفيد صدق المالك وكذب الأمين وتفيد في ذلك ظناً راجحاً ولا تفيد يقيناً، وإلا لما استطاع الأمين أن يثبت عكس ما تدل عليه هذه القرينة.

---

13 الذخيرة (ج 6/ ص 54)

14 د. نزيه حماد في بحثه بعنوان "مدى صحة تضمين الأمين بالشرط"



جاء في كتاب الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف: ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما لا يغاب عليه فلا ضمان عليه عند التلف، وإن كانت على ما يغاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه"[15]

وجاء في التاج والإكليل "(وَضَمِنَ الْمَغِيبُ عَلَيْهِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ) مِنْ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ ثَوْبٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْعُرُوضِ، فَإِنْ ادَّعَى الْمُسْتَعِيرُ أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ أَوْ سُرِقَ أَوْ تَحَرَّقَ أَوْ انْكَسَرَ فَهُوَ ضَامِنٌ وَعَلَيْهِ فِيمَا أَفْسَدَ فَسَادًا يَسِيرًا مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُ كُلَّهُ إلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَلَا يَضْمَنُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُ تَضْيِيعٌ أَوْ تَفْرِيطٌ بَيِّنٌ فَيَضْمَنُ.[16]

وقد ذكر بعض الباحثين أن هذه القرائن أو الأسباب والموجبات[17] تقلب يد الأمانة إلى يد ضمان، بمعنى أن القرينة تضع الأمين في مركز الحائز لمال غيره دون إذنه كالغاصب الذي يضمن هلاك ما تحت يده من مال الغير في جميع الأحوال، أي حتى في حالات قيام الأمين باثبات عدم التعدي على المال، وأن هلاكه كان بسبب لا يد له فيه ولاقدرة له على توقعه أو توقيه أو تلافي آثاره، وهذا يعني في نظر هذا الباحث أن هذه القرينة قطعية تفيد اليقين لا الظن، وأنها لا تقبل إثبات العكس من الأمين.

وهذا غير صحيح كما سنرى، لأن غاية ما تفيده هذه القرائن أنها تضع من قامت لصالحه في مركز المدعى عليه وتعفيه من عبء إثبات دعواه، لأن القرينة ظاهر يشهد له، وتلقي عبء الإثبات على من قامت القرينة ضده أو كما يقال من تكذب القرينة دعواه لأن دعواه تكون على خلاف الظاهر الذي تفيده وتشهد له القرينة.

وبناء على هذا الفهم الخاطئ جمع هذا الباحث في هذه القرائن والأسباب والموجبات التي تقلب يد الأمانة إلى يد الضمان، بين التعدي والتفريط، وهما مناط وجوب الضمان، والتجهيل، والعرف، وتطوع الأمين بالضمان بعد العقد، والمصلحة، والتهمة، وهذه ليست مناط الضمان، بل بعضها يعد قرينة على التعدي والتفريط تضع الأمين في مركز المدعي وتنقل إليه عبء الإثبات، فإذا أثبت الأمين أن الهلاك لم يكن بتعديه برئ من الضمان، فكيف تكون القرينة نفسها موجبة للضمان وتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان تحرم الأمين من إثبات عكسها؟

وأما التطوع بالتزام الضمان بعد العقد فليس قرينة على تعدي الأمين أو تفريطه، ولا تضعه في مركز المدعي الذي تلزمه البينة، لأن الأمين قد يتطوع بالضمان، على فرض صحة هذا التطوع، حتى في الحالات التي يقطع فيها بعدم تعديه أو تفريطه.

وإليك بعض هذا القرائن التي تفيد كذب دعوى الأمين عدم التعدي وتضعه في مركز المدعي الذي تكون دعواه، بسبب هذه القرينة، على خلاف الظاهر الذي تدل عليه هذه القرينة.

وسوف ندرس هذه القرائن وأثرها في نقل عبء الإثبات في ثلاثة فروع، أولها التهمة، وثانيها المصلحة الراجحة والحاجة الكلية وثالثها الشرط.

---

15 الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ص 82

16 التاج والإكليل لمختصر خليل ج 9 ص 79

17 كما يسميها د.نزيه حماد في بحثة مدى صحة تضمين الأمين بالشرط"



الفرع الأول: أثر التهمة في نقل عبء الإثبات إلى الأمين:

المقصود بالتهمة هو غلبة الظن، المستندة إلى أسباب معقولة، بكذب دعوى الأمين هلاك ما تحت يده من مال دون تعديه أو تفريطه، بحيث تكون دعواه – مع التهمة – على خلاف الظاهر الذي تفيده هذه التهمة.

جاء في مواهب الجليل: "(فَائِدَةٌ) قَالَ فِي الْمَسَائِلِ الْمَلْقُوطَةِ الْأُمَنَاءُ مُصَدَّقُونَ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ: الْوَالِدُ فِي مَالِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَابْنَتِهِ الْبِكْرِ، وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ، وَأُمَنَاءُ الْحُكَّامِ وَالْمَوْضُوعُ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ الْأَمْوَالُ، وَالْمُسْتَوْدِعُ، وَالْمُقَارِضُ، وَالْأَجِيرُ فِيمَا اُسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ، وَالْكَرِيُّ فِي جَمِيعِ مَا اسْتَحْمَلَهُ غَيْرَ الطَّعَامِ، وَالصَّانِعُ غَيْرَ الصَّائِغِ، وَالرَّاعِي مَا لَمْ يَبْعُدْ فَيَكُونُ كَالصُّنَّاعِ، وَالْمُسْتَعِيرُ، وَالْمُرْتَهِنُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَالْوَكِيلُ فِيمَا وُكِّلَ عَلَى النَّظَرِ، وَالْمَأْمُورُ بِالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ، وَالدَّلَّالُ، وَالشَّرِيكُ مُفَاوِضًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالرَّسُولُ فِيمَا أُرْسِلَ بِهِ، وَالْمُبْضِعُ مَعَهُ الْمَالَ لِلشِّرَاءِ وَالتَّبْلِيغِ، وَالْمُسْتَأْجِرُ لِلْأَشْيَاءِ الْمُغَيَّبِ عَلَيْهَا كُلُّهُمْ مُصَدَّقُونَ، وَمَا ادَّعَى عَلَيْهِمْ مِمَّا يُوجِبُ الضَّمَانَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ بِلَا يَمِينٍ إلَّا أَنْ يُتَّهَمُوا فَتَجِبُ عَلَيْهِمْ الْيَمِينُ"18 اهـ.

ولقد تحدث الفقهاء عن أسباب كثيرة للتهمة. وقد نقل بعض الباحثين عن المالكية وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة ان التهمة "توجب تغيير حال يد الأمانة إلى يد ضمان" ولقد تقدم بيان خطأ هذا الفهم، إذ أن يد الأمانة لا تنقلب بوجود هذه القرينة إلى يد ضمان كيد الغاصب، بحيث تأخذ حكمها من حيث ضمان ما يهلك تحتها، ولو أثبت الأمين أن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه، وذكرنا أن غاية ما تفيده التهمة عند المالكية،ومن معهم هو الظن الراجح بصدق دعوى مالك المال وكذب دعوى الأمين، بحيث تضع التهمة الأمين في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة الدليل على دعواه أن الهلاك لم يكن بسبب تعديه، أي تفيد نقل عبء الإثبات من المالك إلى الأمين.

وفي بداية المجتهد: "وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه."19

وفي التاج والإكليل: (وَضَمِنَ الْمَغِيبُ عَلَيْهِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ) مِنْ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ ثَوْبٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْعُرُوضِ، فَإِنْ ادَّعَى الْمُسْتَعِيرُ أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ أَوْ سُرِقَ أَوْ تَحَرَّقَ أَوْ انْكَسَرَ فَهُوَ ضَامِنٌ وَعَلَيْهِ فِيمَا أَفْسَدَ فَسَادًا يَسِيرًا مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُ كُلَّهُ إلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَلَا يَضْمَنُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُ تَضْيِيعٌ أَوْ تَفْرِيطٌ بَيِّنٌ فَيَضْمَنُ 20.

وجاء في الذخيرة "قال اللخمي يختلف في القراض في سبعة مواضع ضياعه ورده وخساره وجزء الربح والذي ربحه وقدر رأس المال وهل هو بضاعة أو قراض أو قرض وفي الصحة والفساد فيصدق في تلفه وغرقه وسرقته ونحو ذلك لأنك أمنته وإن لم يكن أمينا، واختلف في تحليفه قال وأرى غير المأمون أن يحلف، وإن قام دليل على كذبه لم يصدق واغرمـ وأن اختلفا في الجزء صدق قبل الشروع لأن لك الانتزاع ولا يصدق فيما يشبه لأن له أن لا يسلم إلا بما يريد – كالبائع

---

18 مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ج 14 ص 231

19 بداية المجتهد - (ج 2 / ص 224)

20 التاج والإكليل لمختصر خليل ج 9 ص 79



والأجير ويصدق في الخسارة لأجل السراق - ان أتى بما يعضد السرقة من القافلة أو الضيعة بما يشبه ويصدق في الربح فيما يقوله أهل تلك الصنعة وما يشبه دون غيره وكذلك في ثمن الذي يقدم به. فإن أشكل جميع ذلك صدق بغير يمين إن كان ثقة ولا يحلف إلا أن يقوم دليل التهمة فيحلف الجميع، وإن شهدت بينة مستورة لا تبلغ العدالة حلف، وفي الجواهر يصدق مدعي الصحة على مدعي الفساد لأنه أصل في تصرفات المسلمين تحسينا للظن بهم على المذهب ومدعي الفساد عند عبد الحميد لأن الأصل عدم الانعقاد"[21] والذي يؤخذ من هذا النص أمور **أولها**: أن دعوى المضارب سرقة رأس مال المضاربة أو موجوداتها لا تقبل منه حتى يأتي بما يعضد السرقة من القافلة أو الضيعة بما يشبه، أي بما يوافق عرف التجار وعاداتهم وإلا ضمن **ثانيها** أن المضارب إذا ادعى أن المضاربة لم تربح أوأنها ربحت أقل من الربح المتوقع (والذي أظهرته دراسة الجدوى المقدمة منه) فإنه لا يصدق حتى يشهد له أهل تلك الصنعة وما يشبه دون غيره أثر التهمة في دعوى المضارب الخسارة لأجل السراق وفي مقدار الربح.

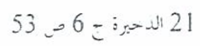
وقد ذكر الفقهاء أموراً تعد تهمة وتأخذ حكمها في تكذيب دعوى الأمين الهلاك دون تعدية.

1. *التهمة فيما يغاب عليه من الأموال المؤتمن عليها:*

مما يورث تهمة ويأخذ حكمها طبيعة المال المؤتمن عليه عند بعض الفقهاء، فإذا كان المال المؤتمن عليه مما يغاب عليه، أي يخفى هلاكه ويصعب على مالكه إثبات تعدي الأمين عليه فإن دعوى الأمين هلاكه دون تعد منه ولا تفريط تكون على خلاف الظاهر الذي تفيده هذه التهمة، فيكون في مركز المدعي الذي يلزمة إثبات دعواه بإقامة الدليل على أن هلاك المال كان بدون تعد منه ولا تفريط، وإلا ضمن هذا الهلاك. ويعبر عن ذلك المالكية بقولهم: إن الأمين يضمن ما يغاب عليه دون مالاً يغاب عليه، والمقصود بذلك عندهم أنه يضمن إذا لم يتمكن من إقامة البينة على عدم تعديه، فإن نجح في إقامة البينة برئ من الضمان، أي أن طبيعة المال المؤتمن عليه تلقي بالتهمة على الأمين في دعواه هلاكه دون تعديه وتضع عليه عبء الإثبات، لأنه صار بالتهمة مدعياً وصار مالك المال مدعى عليه.

وقد مثل المالكية لما يغاب عليه ويخفى هلاكه ويسهل إخفاؤه ويصعب على مالك المال إثبات تعدي الأمين عليه بالمنقولات كالحلي والنقود والثياب والمجوهرات والبضائع والسفن في عرض البحر والطائرات في الجو، ولما لا يغاب عليه، أي ما يظهر هلاكه ويصعب إخفاؤه ولا يشق على مالك المال إثبات تعدي الأمين عليه بالعقارات والسفن الراسية في الموانى والطائرات الرابضة في المطارات.

فقد جاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير: (وضمن) المستعير (المغيب عليه) أي ما يغاب عليه وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي بخلاف الحيوان والعقار، وأما السفينة فإن كانت سائرة فمما يغاب عليه وإن كانت بالمرسى فمما لا يغاب عليه، وإذا وجب الضمان فإنما يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعا لا يقدر على ردها لانه يتهم على أخذها بقيمتها من غير رضا صاحبها (إلا لبينة) على تلفه أو ضياعه بلا سببه فلا يضمنه خلافا لاشهب القائل بالضمان (وهل) ضمان ما يغاب عليه (وإن شرط) المستعير (نفيه)


21 الذخيرة ج 6 ص 53



عن نفسه لان الشرط يزيده تهمة ولانه من إسقاط حق قبل وجوبه فلا يعتبر، أو لا يضمن لانه معروف من وجهين، العارية معروف وإسقاط الضمان معروف آخر، ولان المؤمن عند شرطه (تردد) في النقل عن المتقدمين (لا غيره) أي لا غير المغيب عليه فلا يضمنه المستعير (ولو بشرط) عليه من المعير وإذا لم يضمن الحيوان ضمن لجامه وسرجه ونحوهما وإنما جرى قول مرجح في العمل بالشرط فيما يغاب عليه دون غيره لان الشرط في الاول من المعروف دون الثاني (وحلف) المستعير (فيما علم أنه بلا سببه كسوس) في خشب أو طعام وقرض فأر وحرق نار (أنه ما فرط)22.

والذي يؤخذ من هذا النص أمور:

أولها: أنه وارد في حكم ضمان المستعير، وهو من طائفة الأمناء، هلاك أو تلف العين المستعارة، ويقاس على المستعير غيره من الإمناء الذين تكون لهم مصلحة في حيازة المال المؤتمن عليه كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار إلا أن يقال بأن المصلحة في العارية مختصة بالمستعير وحده، بخلاف المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار فإن المصلحة مشتركة بينهم وبين رب المال والموكل والشريك.

ثانيها: أن المستعير يضمن ما يغاب عليه دون مالا يغاب عليه من الأموال، ويلاحظ أن رأس مال المضاربة والوكالة في الاستثمار وحصة الشريك والموجودات المشتراة برأس المال مما يغاب عليه غالباً، فيكون القول بالضمان سائغاً في عقد المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار.

ثالثها: أن جمهور المالكية يرون أن كون المال مما يغاب عليه يعد تهمة ترجح كذب دعوى المستعير هلاك المال دون تعديه، وتضعه في مركز المدعي الذي تلزمه البينة، فإن نجح في إقامة الدليل على أن الهلاك لم يكن بتعديه، برئ من الضمان وإلا ضمن، وبعبارة أخرى فإن طبيعة المال المؤتمن عليه تعد قرينة بسيطة ضد الأمين تقبل إثبات العكس، وقد خالف أشهب من المالكية فقال بأن هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس فالمستعير يضمن العارية ولو أثبت أن هلاكها لم يكن بتعديه، أي أن هذه القرينة تجعل يد الأمانة في حكم يد الضمان. قال البراذعي: "وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إذا قبضه، إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله، أو بتعدي أجنبي، فذلك من الراهن، وله طلب المتعدي، فإذا غرم المتعدي القيمة، فأحب ما فيه إليّ - إن أتى الراهن برهن ثقة مكان ذلك - أخذ القيمة، وإلا جعلت هذه القيمة رهناً"[23].

رابعها: أن الرأي الراجح عند المالكية أنه لا يجوز شرط المستعير نفي الضمان عن نفسه فيما يجب فيه الضمان، وهو ما يغاب عليه، لأن هذا الشرط يزيده تهمة، ولأنه من إسقاط الحق قبل وجوبه فلا يعتبر، وهناك رأي مرجوح بجواز شرط نفي الضمان في هذه الحالة، لأنه معروف يسديه المعير للمستعير من وجهين: **أحدهما** أن العارية معروف **وثانيهما** أن

---

22 الشرح الكبير للشيخ الدردير - (ج 3 / ص 436)

23 تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة)) - (3 / 281)



إسقاط الضمان معروف آخر، ولأن المؤمن عند شرطه، وهناك تردد في نقل هذين الرأيين عند المتقدمين ولكن الراجح بطلان الشرط.

خامسها: أن ما لا يغاب عليه من الأموال لا يضمنه المستعير ولو شرط عليه المعير الضمان، وإنما جرى قول مرجح في العمل بالشرط فيما يغاب عليه دون غيره، لأن الشرط في الأول من المعروف دون الثاني.

وقد جاءفي كتاب فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: وَأَمَّا الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ وَهِيَ مَا إذَا شَرَطَ الْمُعِيرُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ فِي الْمُقَدِّمَاتِ. وَفِي سَمَاعِ أَشْهَبَ مِنْ كِتَابِ تَضْمِينِ الصُّنَّاعِ وَفِي سَمَاعِ أَصْبَغَ مِنْ كِتَابِ الْعَارِيَّةِ قَوْلُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ إنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ حَاشَا مُطَرِّفًا , فَإِنَّهُ قَالَ إنْ كَانَ شَرَطَ عَلَيْهِ لِأَمْرٍ خَافَهُ مِنْ طَرِيقٍ مَخُوفٍ , أَوْ نَهْرٍ , أَوْ لُصُوصٍ , أَوْ مَا أَشْبَهَهُ فَالشَّرْطُ لَازِمٌ إنْ عَطِبَتْ فِي الْأَمْرِ الَّذِي خَافَهُ وَاشْتَرَطَ الضَّمَانَ مِنْ أَجْلِهِ وَقَالَ أَصْبَغُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْوَجْهَيْنِ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ ا هـ. وَقَالَ فِي كِتَابِ الرُّهُونِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ: وَإِنْ اسْتَعَرْت مِنْ رَجُلٍ دَابَّةً عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْك لَمْ تَضْمَنْهَا ا هـ (2 / 425).

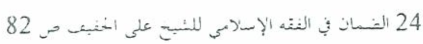
والجدير بالذكر أن رأس مال المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار وموجوداتها تكون في الغالب مما يغاب عليه، ومن النادر أن تكون مما لا يغاب عليه كالعقارات، وخصوصاً أن رب المال لا يملك التدخل في إدارة المضاربة ولا في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها وإلا بطلت المضاربة، بخلاف المشاركة والوكالة في الاستثمار، فإن للموكل والشريك أن يتدخل في الإدارة ويشارك في اتخاذ القرارات الاستثمارية.

ويؤكد الفقهاء على دور التهمة في نقل عبء الإثبات على الأمين ووضعه في مركز المدعي الذي تجب عليه البينة وإلا ضمن على النحو التالي:

1- يقول القرافي "فنحن نجعل كونه مغيباً عليه مرجحاً للضمان، لكونه مظنة التهمة فهو مناسب" فالمقصود بالضمان هنا هو نقل عبء الإثبات، فإذا عجز الأمين عن إثبات عدم التعدي كان ضامناً، وإن نجح في هذا الإثبات برئ من الضمان كما تقدم.

2- ويقول الشيخ على الخفيف:"ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما يغاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه"[24]

3- ويقول القاضي عبدالوهاب معللاً لعدم ضمان الأمين إذا أثبت عدم تعديه على المال المؤتمن عليه "لأن التهمة قد انتفت عنه لقيام البينة على أنه لا ضلع له بتلفه فلم يلزمه الضمان، إذ سبب الضمان معدوم،لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه فلا ضمان، ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له قبل قوله و لم يضمن" [25]



24 الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ص 82

25 انظر بحث "مدى صحة تضمين يد الأمان بالشرط ص 30" للدكتور نزيه حماد.



فأنت ترى من هذا النص أن قيام التهمة لا يحول يد الأمانة إلى يد ضمان كيد الغاصب والسارق، كما فهم بعض الباحثين، لأن يد الضمان تضمن ما يهلك تحتها في جميع الأحوال، أي لو أثبت الضامن أن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه، أما أثر التهمة في يد الأمانة فهو قاصر على نقل عبء الإثبات إلى الأمين بحيث يجب عليه الضمان إذا عجز عن هذا الإثبات، فهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس كما تقدم.

4-ومن تطبيقات التهمة في نقل عبء الإثبات إلى الأمين ما يقرره المالكية من تضمين الأجراء على حمل الطعام لتهمة أكله، لأن الأيدي تمتد إلى الطعام دون غيره عادة، فكان نوع المحمول قرينة على هذه التهمة، والتهمة هنا قرينة تفيد غلبة الظن على التعدي، وهي كغيرها من القرائن تقبل إثبات العكس، فلحملة الطعام إثبات هلاكه دون تعد منهم ولا تفريط فتبرأ ذمتهم من الضمان، أو بعبارة أخرى فإن القرينة هنا تنقل عبء الإثبات إلى الأمين، لأنه بالتهمة صار مدعيا، لأن الظاهر يشهد لمالك الطعام فكان مدعى عليه.

يقول القرافي "أعلم أن الهلاك خمسة أقسام، الرابع: ما هلك بقولهم (الحمالين للطعام) من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة، لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه، الخامس: ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة"[26]

وقال الونشريسي: "وإنما ضمن مالكٌ حامل الطعام إذا لم تقم له بينة على التلف من غير سببه، ولم يضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البينة بالتفريط والإضاعة، لأن العادة جارية أن الأكرياء يسرعون إلى الطعام الذي في أيديهم لدناءة أنفسهم ولما يعلمون أن نفوس أهل الأقدار والمروءة تأنف من مطالبتهم بمثل المأكولات، لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسهم".

فأنت ترى أن التهمة، التي مصدرها العرف والعادة وطبائع نفوس أصحاب المتاع وخاملية ووضعهم الاجتماعي والاقتصادي، تنقل عبء الإثبات إلى الأمين وتضعه في مركز المدعى الذي تلزمه البينة، وتمنحه مع ذلك حق إثبات عدم التعدي فيبرأ من الضمان، فهي إذن قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وأن التهمة تقوم على ظروف اجتماعية واقتصادية وعوامل نفسية وطبائع بشرية وأعراف وعادات وتقاليد ومستوى االتزام بالقيم الإسلامية.

5-ويقول القرافي: "لا يضمن (الحمال) الطعام إذا كنت معه على الدابة أو السفينة، وإلا فلا يصدق في الطعام والإدام للتهمة في امتداد الأيدي إليه إلا ببينة تشهد أن التلف كان من غير فعلهم، ويصدقون في العروض"[27]

فهذا النص يقطع بأن التهمة عند المالكية لا تحول يد الأمانة إلى يد ضمان بحيث يصير الأمين كالغاصب يضمن الهلاك على كل حال، حتى لو أثبت عدم التعدي على المال، بل غاية ما تفيده التهمة هو نقل عبء



26 الفروق 207

27 الذخيرة: 529/5



الإثبات إلى الأمين، أي وضع الأمين في مركز المدعي إذا ادعى الهلاك دون تفريطه، لأن دعواه تكون على خلاف الظاهر والكثير الغالب من عادة الحمالين للطعام.

وهنا أيضاً نريد التأكيد على أن للأعراف والعادات وطبائع النفوس والقيم والأخلاق والوضع الاقتصادي والاجتماعي لأصحاب المال والمؤتمن عليه ومدى الالتزام بقيم وأحكام الإسلام - دخل في التهمة التي تجعل دعوى الأمين عدم التعدي دعوى على خلاف الظاهر والعرف والعادة والكثير المشاهد في سلوك بعض طوائف الأمناء، وبذلك يتحقق في الأمين في ظل هذه الظروف مناط وجوب إقامة البينة، وهو كونه مدعياً، فالمدعي هو من يدعي خلاف الظاهر والمشاهد عرفاً، وكون المحمول طعاماً يورث تهمة أي ظناً راجحاً أنه أكله وادعى هلاكه.

6- يرى بعض المالكية مثل ابن حبيب وجمع من فقهائهم تضمين الأجير المشترك ولو لم يكن لعمله تأثير في عين المصنوع، كالراعي المشترك وسمسار الدواب وعللوا ذلك بالتهمة.

جاء في فتاوى محمد بن أحمد بن محمد عليش:

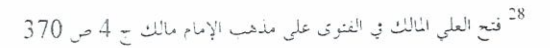
وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ التَّادَلِيُّ وَالْقِيَاسُ وَالنَّظَرُ عَدَمُ ضَمَانِ الرَّاعِي الْمُشْتَرَكِ وَالَّذِي تَقْتَضِيهِ كَثْرَةُ خِيَانَةِ الرُّعَاةِ فِي هَذِهِ الْأَزْمِنَةِ هُوَ ضَمَانُهُ وَهُوَ الَّذِي نَخْتَارُهُ فِيهِ وَفِي سِمْسَارِ الدَّوَابِّ ا هـ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك - (4 / 370)

وجاء فيه أيضا:

وَقَالَ الْيَزْنَاسِيُّ فِي شَرْحِ التُّحْفَةِ كُنْت فِي زَمَنِ وِلَايَتِي بِتِلِمْسَانَ كَثِيرًا مَا أَحْكُمُ بِتَضْمِينِ الرَّاعِي الْمُشْتَرَكِ عِنْدَمَا يَظْهَرُ لِي مَخَايِلُ كَذِبِ الرُّعَاةِ وَتَعَدِّيهِمْ وَتَفْرِيطِهِمْ وَذَلِكَ غَالِبُ أَحْوَالِهِمْ وَرَأَى أَنَّ الْحُكْمَ بِعَدَمِ تَضْمِينِهِمْ يُؤَدِّي إلَى تَلَفِ كَثِيرٍ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ لِاضْطِرَارِهِمْ إلَيْهِمْ فِي كَثِيرٍ مِنْ الْأَحْيَانِ وَاعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمَصْلَحَةِ الَّتِي مِنْ أَصْلِ مَذْهَبِ مَالِكٍ مُرَاعَاتُهَا[28]

7- وقد أفتى ابن حبيب من المالكية بتضمين صاحب الحمام للتهمة مع أنه من الأمناء وقال: "وكذلك صاحب الحمام جرت العادة بخيانته في ثياب الناس فيضمنها" أي إذا لم يقدم الدليل على عدم تعديه أو تفريطه.

ونرى واضحاً أن القرينة عموماً، والتهمة خصوصاً التي تنقل عبء الإثبات إلى الأمين وتضعه في مركز المدعي، مثارها ومرجعها ظروف الزمان والمكان والأعراف والعادات ومستوى الالتزام بقيم الإسلام وأحكام الشريعة والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والنفسية وطبيعة الأمناء ومستواهم الاجتماعي، وأنواع الحرف التي يمارسونها. مما يعني أن هذه الظروف والأوضاع والعادات والأعراف لو وجدت في غيرهم من طائفة الأمناء جاز نقل عبء الإثبات عليهم.



[28] فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ج 4 ص 370





8-ولقد ضمن المالكية وأبويوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية الصناع والأجير المشترك ما يدعي هلاكه من أمتعة الناس التي يعمل فيها ما لم يثبت الأجير المشترك أن الهلاك حدث من شيء غالب لا يتحفظ من مثله، مثل حريق أو غرق غالب أو لصوص مكابرين" فهنا فقط يبرأ من الضمان.

وحجتهم في ذلك كما قال الكساني "أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم إليهم المال دون شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس، لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والغرق الغالب والسارق الغالب"[29]، قال صاحب تبين الحقائق: "وبقولهما – أبويوسف ومحمد – "يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه تحصل صيانة أموالهم"[30]

وهذا النص يقضي بمعاملة غير الصناع من طائفة الأمناء كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار معاملة الصناع إذا توافر فيهم مناط تضمين الصناع وهو حفظ الأموال وسد ذريعة ضياعها.

9-ولقد ضمن الشافعي – في غير الأظهر من مذهبه – للتهمة - الأجير المشترك والمقصود بتضمينه عند هو نقل عبء الإثبات إليه، فقد جرت عادة الفقهاء بالتعبير عن نقل عبء الإثبات إلى الأمين بقولهم أن "مالك المال مصدق أو أن القول قوله" مما يعني أنه ليس عليه إلا اليمين، وأن البينة على الأمين، فإن أقامها برئ من الضمان.

ومما يدخل تحت تعريف التهمة ويترتب عليه أثرها في نقل عبء الإثبات إلى الأمين وإلا ضمن، القرائن التالية:

2. *تكذيب التجار*

إذا ادعى الأمين كالمضارب ووكيل الاستثمار والشريك المدير، هلاك المال أو خسارته وكانت دعواه تخالف عرف التجار فإن هذا يورث تهمة تلقي عليه عبء الإثبات، وقد عبر عن ذلك المالكية بقولهم: إن الأمين لا يضمن ما يدعي هلاكه إلا أن تكذبه التجار.

جاء في حاشية العدوي "تَنْبِيهٌ: وَيُقْبَلُ قَوْلُ الْعَامِلِ أَيْ مَعَ يَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمَا فِي تَلَفِ الْمَالَ وَخُسْرِهِ وَضَيَاعِهِ إلاَّ أَنْ يُكَذِّبَهُ التُّجَّارُ، وَكَذَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهِ لِرَبِّهِ بِيَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمَا إلَّا أَنْ يَكُونَ قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ مَقْصُودَةٍ لِلتَّوَثُّقِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ عَلَى رَدِّهِ" [31]

وجاء في الفواكه الدواني: " العامل في القراض امين فالقول قوله في تلف المال أو ضياعه أو خسره الا ان تكذبه التجار"[32]. والذي يؤخذ من هذين النصين أمور:

أولها: أن تكذيب التجار للمضارب في دعوى الهلاك والتلف والخسارة يعد شبهة تضعه في مركز المدعي الذي يلزمه البينة على عدم التعدي، وأن التلف والخسران لم يكن بسبب من جانبه، بل كان بسبب لا يد له فيه.

---

29 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 9 ص 444

30 تبين الحقائق ج 14 ص 487

31 حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ج6 ص 179

32 الفواكه الدواني ج 2 ص 124





ثانيها: أن المضارب إذا قبض رأس مال المضاربة ببينة مقصودة للتوثق فإن دعوى رده إلى رب المال لا تقبل إلا ببينة فإن عجز عن البينة ضمن. وفي عقود المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار يضع المدير والشريك المدير ووكيل الاستثمار يده على رأس المال ببينة في جميع الأحوال، فيلزمه رده ببينة وإلا تحمل الضمان.

ثالثها: أن المضارب مثله مثل غيره من الأمناء في أن التهمة تنقل إليه عبء الإثبات فلو ادعى تلف المال أو خسارته على خلاف عرف التجار فإنه يكون متهماً، وينتقل إليه عبء إثبات أن التلف والخسران لم يكن بتعديه ولا تفريطه، أي أنه يكون في مركز المدعي.

ويترتب على أن العامل في القراض امين وأن القول قوله في تلف المال أو ضياعه أو خسره الا ان تكذبه التجار"[33] أنه إذا كانت دعوى المضارب الهلاك أو التلف أو اضياع أو الخسران تكذبها الأعراف التجارية ووضع السوق فإن ذلك يورث تهمة كذب المضارب، ويصيره في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف العرف والظاهر والكثير الغالب في نوع النشاط أو التجارة التي يمارسها، وبذلك تلزمه إقامة البينة على أن هلاك المال كان بسبب لا يد له فيه، وإلا ضمن، فإذا كان نوع النشاط والاستثمار في المشاريع التجارية أو الصناعية المماثلة لنشاط، المضارب مثلاً، تحقق معدل أرباح معين حسب ميزانياتها المعلنة، فإن دعوى الأمين الخسران وحده دون بقية التجارتكون على خلاف الظاهر وتورث تهمة كذبه فلا يصدق ولا يكون القول قوله دون دليل، كالشأن في كل أنواع التهم. وقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بقولهم أن الأمين إذا كانت دعواه على خلاف العرف أو الظاهر فإنه يعد مدعياً ويلزمه الإثبات.

3. دراسة الجدوى

إذا ادعى الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار، الخسران، على خلاف نتائج دراسة الجدوى والدراسة السوقية - التي أعدها الأمين بنفسه وأقر نتائجها وفقاً للأصول الفنية لدراسات الجدوى والدراسة السوقية وتعهد بالمسئولية عنها - كان متهماً في دعوى الهلاك والخسران دون تعد أو تفريط، ذلك أن الأمين قد أقر في هذه الدراسة بأن النشاط الذي يستثمر فيه رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار وفقاً لدراسة الجدوى يحقق أرباحاً متوقعة، ويستدل على ذلك ويؤكده بالدراسة السوقية أي بالعرف التجاري وما يجري عليه العمل في سوق الاستثمار، فيؤخذ بإقراره، وتكون دعواه الهلاك والخسران دون تعد منه على خلاف الظاهر من هذه الدراسة، ويلتزم هو بإقامة الدليل على أن نشاطه لم يحقق النتائج التي أظهرتها دراسة الجدوى لأسباب لا يد له فيها ولا قدرة له على توقعها أو تلافي آثارها، كنشوب حرب أو حصار بحري أو زلزال أو سيل أو حريق أو أزمة مالية طارئة وغير متوقعة، أو بسبب قوانين الجمارك أوالضرائب أو الاستيراد أو النقد أو العقوبات التجارية أو المقاطعة الاقتصادية، فإذا لم يقدم الدليل على أن الخسارة كانت من أجل هذه الأسباب ضمن رأس المال والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى، فالظاهر والكثير الغالب أن تتحقق النتائج والأرقام التي أظهرتها دراسة الجدوى التي تعد بصدق وأمانة وفق الإصول الفنية، فكانت دعوى الأمين الخسارة دعوى يكذبها الظاهر والكثير الغالب، بل يكذبه إقراره، فيكون في مركز المدعي الذي يلزمه إقامة الدليل

---

33 الفواكه الدواني ج 2 ص 124





على أن عدم تحقق نتائج هذه الدراسة كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة، فإن عجز عن هذا الإثبات كان ضامناً لموجودات المضاربة، أي رأس المال والربح المتحقق أو الربح المتوقع أو الذي أظهرته دراسة الجدوى.

ويؤكد ما ذكرناه من وجود التهمة إذا ادعى المضارب خلاف نتائج دراسة الجدوى التي قدمها، أن بعض الفقهاء يدخل هذا في باب التغرير بالقول، لأن البنك قد قدم التمويل للأمين بناء على هذه الدراسة ولولاها ما أقدم البنك على التمويل، والتغرير بالقول، عند هؤلاء كالتغرير بالفعل بوجب الضمان، فلا أقل من أن يكون هذا التغرير تهمة تنقل إلى المضارب عبء الإثبات.

ومن الواضح أن اسباب التهمة التي تقدمت - ومنها التهمة التي أوجبت عند الإمام مالك وبعض الفقهاء تضمين الصناع والحمالين للطعام والرعاة وسماسرة الدواب، لتفشي الخيانة وانتشار الكذب فيهم وضعف سلطان الدين على نفوسهم، واستدلالهم بتضمين علي ﷺ لهؤلاء وقوله: لا يصلح الناس إلا ذلك كل، ذلك ينطبق من باب أولى على بقية الأمناء مثل المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار إذا قارنا زماننا هذا بزمن علي ﷺ، فقد تأكد ضعف سلطان الدين على نفوس هؤلاء الأمناء وفشا فيهم الكذب وانتشرت الخيانة وذلك بدرجة أكبر مما كان عليه الوضع في خلافة علي ﷺ فوجب أن يورث هذا تهمة تضع هؤلاء الأمناء في وضع المدعي الذي يلزمه إقامة الدليل على هلاك رأس المال أولاً، ثم على أن هذا الهلاك لم يكن بتعدي الأمين ثانياً، وهذا لا شك يحقق مصلحة حفظ المال، وهي مصلحة عامة للمجتمع تعدم على المصلحة الخاصة لهؤلاء الأمناء في عدم تضمينهم، ويخدم تمويل خطط التنمية ويساعد على زيادة الإنتاج ويمكن البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية من استخدام صيغ الاستثمار الحقيقي لتمويل مشاريع التنمية مثل المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار بدلاً من التركيز على عقود التمويل القصير كالمرابحة والسلم وغيرها من التمويل قصير الأجل.

4. *قرينة القيود المحاسبية*

دعوى الهلاك أو الخسران على خلاف حسابات الامين مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار، تورث تهمة كذبه وتضعه في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة البينة، لأنه والحال كذلك يدعي خلاف الظاهر، إذ الظاهر أن الحسابات التي يمسكها الأمين تكون صحيحة فتكون حجة عليه، فإذا ادعى خسارة وأظهرت حساباته ربحاً كان كاذباً في دعواه ظاهراً، وعليه هو أن يفسر التناقض بين حساباته وبين الخسران الذي يدعيه مع تحديد وإثبات أسباب هذا الخسران، وإلا ضمن.

هذا ويجب على جميع البنوك الإسلامية ألا تقصر فيما يجري عليه العمل في مؤسسات مالية إسلامية كثيرة، من اشتراط البنك على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار أن يفتح حساباً مستقلاً لديه للمضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار، تقيد فيه جميع إيرادات ومصروفات المشروع أو النشاط الذي يستثمر فيه رأس المال. فهذه الحسابات وما اشتملت عليه من قيود محاسبية تعد قرينة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار، وإلا ضمن رأس المال والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى وأكدته القيود المحاسبية.



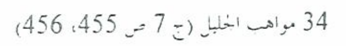


هذا ويجوز للبنك أن يشترط في عقد المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار أن يكون له حق الاطلاع على حسابات المشروع وطلب جميع البيانات الضرورية عنه، ولا يعد هذا تدخلاً من رب المال في إدارة المضاربة بل طريقاً مشروعاً لمراقبة الأمين للتأكد من تنفيذه لشروط وأحكام المضاربة، فإذا لم يمسك المضارب حسابات منتظمة للمشروع الذي استثمر فيه رأس مال المضاربة، كان ذلك الإهمال قرينة أو تهمة تنقل إليه عبء الإثبات وتوجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن هلاك موجودات المضاربة أو خسارتها كان بسبب لا يد له فيه، فعدم إمساك حسابات منظمة للمضاربة تهمة تكذب دعواه.

ولا يقال أن المضارب المتعدي يضمن رأس المال دون الربح المتحقق أو المتوقع حسب دراسة الجدوى بحجة أنه أمين تعدى فصار غاصباً فدخل رأس المال في ملكه واستحق ربحه، ذلك أن هذا الحكم يطبق على الأرباح اللاحقة للتضمين، وأما في حالات قيام القرينة على كذب المضارب فإن رب المال يكون مصدقاً ويكون القول قوله، ويلزم المضارب إثبات أنه ما تعدى على موجودات المضاربة وما قصر في حفظها وما أخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها وما خالف حكماً من أحكام عقد المضاربة الشرعية، ولا شروطها الاتفاقية، فإن عجز عن شيء من ذلك كان ضامناً لموجودات المضاربة بمثلها أو بقيمتها في ذلك الوقت، وقيمة الموجودات تشمل الأرباح المحققة التي حدثت فعلاً وصارت جزءاً من موجودات المضاربة التي يملك رب المال حصته فيها.

ومن جهة أخرى فإن المالكية يرون أن هذا الحكم لا يطبق على المضارب فإن المضارب عندهم إذا تعدى قد ربحت المضاربة فإن رب المال يشاركه في الربح حسب الشرط ولا يستقل به المضارب، وهذا هو القول الراجح عندهم بالنسبة للمضارب، بخلاف الوكيل المتعدي فإن الغرم يكون عليه والربح كله يكون للموكل، وبخلاف من أخذ المال للحفظ كالمودع فإنه إذا تعدى لزمه الضمان وكان الربح كله له، والقول باستقلال المضارب بالربح قول ضعيف عندهم.

جاء في مواهب الجليل "وضمن –المضارب- إن خالف، والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى، يعني أن العامل إذا تعدى وقلنا: إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا يختص بالربح ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطا، قال في التوضيح، لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنه لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح، ولهذا قلنا إن كل من أخذ مالاً لتنميته (دون أن يكون له حصة شائعة في ربحه) فتعدى فيه كالوكيل فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على ما شرطا، وكل من أخذ مالاً على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع. وذهب البعض إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة، لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكاً للربح"[34]



34 مواهب الخليل (ج 7 ص 455، 456)



5. قرينة التدقيق الداخلي والخارجي الشرعي والمالي

إن تقارير التدقيق الداخلي والخارجي الشرعي والمالي على نشاط الأمين تعد قرينة ضد الأمين إذا ادعى الهلاك أو الخسران على خلاف نتائج هذه التقارير، لأن الظاهر صحة وسلامة ودقة هذه التقارير، وهذا الظاهر يشهد للمالك ضد الأمين ويضع الأمين في مركز المدعي الذي تلزمه البينة على عدم التعدي أو التفريط، وعليه هو أن يفسر اختلاف نتائج نشاطه عما أظهرته هذه التقارير وأن الهلاك أو الخسران كان بسبب لا يد له فيه وإلا كان ضمناً.

ويجب على المؤسسات المالية الإسلامية أن تشترط على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار أن يفتح حساباً مستقلاً لديها لمشروعه أو نشاطه الذي يموله البنك، وتلزمه بأن يأذن للبنك بإجراء تدقيق شرعي ومالي على حساباته، وأن يطلع على مثل هذه التقارير إن قام بها غيره، بحيث تكون نتائج هذه التقارير قرينة تكذب دعواه الهلاك والخسارة إذا جاءت هذه الدعوى على خلاف نتائج تقارير التدقيق، وبعبارة أخرى فإن نتائج هذه التقارير تعد عنواناً للحقيقة والظاهر صحتها فتكون دعواه على خلاف الظاهر فيكون في مركز المدعي الذي يلزمه الدليل على عدم التعدي على موجودات المشروع أو التفريط في حفظها أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها وإلا قضي عليه بالضمان، إن هذا النوع من التناقض أو التخالف بين دعواه وبين نتائج تقارير الرقابة والتدقيق يورث تهمة كذب الأمين وتضعه في مركز المدعي وتنقل إليه عبء إثبات خلاف ما تفيده هذه التقارير.

ومن المقرر أن اشتراط البنك على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار، إمساك حسابات منتظمة للمشروع الذي يموله البنك، وأن يسمح للبنك بالاطلاع على هذه الحسابات والعلى تقارير التدقيق، أو أن يقوم البنك نفسه بهذا التدقيق، لا يخالف مبدأ استقلال المضارب في إدارة المضاربة وفي اتخاذ القرارات الاستثمارية استقلالاً، لأن هذا الشرط يكون لمراقبة حسن تنفيذ المضارب لشروط المضاربة، أما في المشاركة والوكالة في الاستثمار فلا خلاف في أن للموكل والشريك غير المدير أن يتدخل في الإدارة ويفرض القيود المناسبة على الشريك المدير والوكيل.

6. تقارير الجهات الرقابية

إن تقارير الجهات الرقابية، كالبنك المركزي ووزارة الاقتصاد وديوان المحاسبة تعد قرينة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين وتضعه في مركز المدعي، إذا جاءت دعواه الهلاك أو الخسارة على خلاف نتائج ومضمون هذه التقارير، لأن دعواه في هذه الحالة تكون على خلاف الظاهر من نتائج هذه القارير، بل إن البيانات والمعلومات التي تحصل عليها هذه الجهات تعد قرينة ظاهرة تلقي عبء الإثبات على الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار إذا جاءت مخالفة لدعواه. وللبنوك الإسلامية أن تطلب نسخاً من هذه التقارير لتساعدها على التأكد من الشفافية والصدق لدى هؤلاء الأمناء. وهذا كله من دلالة الحال على صدق أو كذب أحد المتداعيين.

فقد جاء في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: "وَمِنْ ذلك أَنَّ جُمْهُورَ الْفُقَهَاءِ يَقُولُونَ فِي تَدَاعِي الزَّوْجَيْنِ وَالصَّانِعِينَ لِمَتَاعِ الْبَيْتِ وَالدُّكَّانِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ من يَدُلُّ الْحَالُ على صِدْقِهِ، وَالصَّحِيحُ في هذه الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِالْيَدِ





الْحِسِّيَّةِ بَلْ وُجُودُهَا كَعَدَمِهَا وَلَوْ اعْتَبَرْنَاهَا لَاعْتَبَرْنَا يَدَ الْخَاطِفِ لِعِمَامَةِ غَيْرِهِ وَعَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ وَآخَرُ خَلْفَهُ حَاسِرَ الرَّأْسِ"35.

وقال اللخمي: "يختلف في القراض في سبعة مواضع ضياعه ورده وخساره وجزء الربح والذي ربحه وقدر رأس المال وهل هو بضاعة أو قراض أو قرض وفي الصحة والفساد فيصدق في تلفه وغرقه وسرقته ونحو ذلك لأنك أمنته وإن لم يكن أمينا واختلف في تحليفه قال وأرى غير المأمون، أن يحلف وإن قام دليل على كذبه لم يصدق واغرم وأن اختلفا في الجزء صدق قبل الشروع لأن لك الانتزاع ولا يصدق فيما يشبه لأن له أن لا يسلم إلا بما يريد – كالبائع والأجير ويصدق في الخسارة لأجل السراق – ان أتى بما يعضد السرقة من القافلة أو الضيعة بما يشبه ويصدق في الربح فيما يقوله أهل تلك الصنعة وما يشبه دون غيره وكذلك في ثمن الذي يقدم به فإن أشكل جميع ذلك صدق بغير يمين إن كان ثقة ولا حلف إلا أن يقوم دليل التهمة فيحلف الجميع وإن شهدت بينة مستورة لا تبلغ العدالة حلف وفي الجواهر يصدق مدعي الصحة على

مدعي الفساد لأنه أصل في تصرفات المسلمين تحسينا للظن بهم على المذهب ومدعي الفساد عند عبد الحميد لأن الأصل عدم الانعقاد"36.

7. تسلم الأمين للمال ببينة

يرى بعض الفقهاء أنه إذا تسلم الأمين، كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار رأس المال ببينة، أي بدليل شرعي يقصد به التوثق فإنه لا يقبل منه دعوى رده كاملاً إلى رب المال بدون بينة، فإن ادعى الرد كانت دعواه على خلاف الظاهر وتورث تهمة الكذب، لأن الأمين إذا أخذ المال بيقين فلا يقبل منه دعوى الرد إلا بيقين مثله.

جاء في مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: وأما في دعوى الرد، فإن القول قوله إلا أن يكون قبضه ببينة.(7 / 291).

وجاء في التاج والإكليل: مِنْ الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ بِيَدِهِ وَدِيعَةٌ أَوْ قِرَاضٌ لِرَجُلٍ فَقَالَ لَهُ: رَدَدْتُ ذَلِكَ إلَيْك، فَهُوَ مُصَدَّقٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ قَبَضَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ فَلَا يَبْرَأُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ. وَلَوْ قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ فَقَالَ ضَاعَ مِنِّي أَوْ سُرِقَ صُدِّقَ، أي ما لم تقم تهمة في حق الأمين.

وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: الْأَمَانَاتُ الَّتِي بَيْنَ الْمَخْلُوقِينَ أَمَرَهُمْ اللَّهُ فِيهَا بِالتَّقْوَى وَالْأَدَاءِ وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالْإِشْهَادِ كَمَا فَعَلَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُمْ مُؤْتَمَنُونَ فِي الرَّدِّ إلَى مَنْ ائْتَمَنَهُمْ دُونَ إشْهَادٍ، فَوَجَبَ أَنْ يُصَدَّقَ الْمُسْتَوْدَعُ فِي دَعْوَاهُ رَدَّ الْوَدِيعَةِ مَعَ يَمِينِهِ إنْ كَذَّبَهُ الْمُودِعُ كَمَا تُصَدَّقُ الْمَرْأَةُ فِيمَا ائْتَمَنَهَا اللَّهُ عَلَيْهِ مِمَّا خُلِقَ فِي رَحِمِهَا مِنْ الْحَيْضَةِ وَالْحَمْلِ إلَّا أَنْ يَكُونَ دَفَعَهَا إلَيْهِ بِإِشْهَادٍ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّهُ إنَّمَا ائْتَمَنَهُ عَلَى حِفْظِهَا وَلَمْ يَأْتَمِنْهُ عَلَى رَدِّهَا فَيُصَدَّقُ فِي الضَّيَاعِ الَّذِي ائْتَمَنَهُ عَلَيْهِ وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ الَّذِي اُسْتُوْثِقَ مِنْهُ وَلَمْ يَأْتَمِنْهُ عَلَيْهِ.هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ. (9 / 49)

35 الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ج 1 ص 31

36 الذخيرة ج 6 ص 53





وفي البهجة في شرح التحفة، فإنه يصدق في دعوى الرد إذا قبضه بغير بينة فإن قبضه ببينة لم يصدق في الرد.(2/455)

والذي أراه أن هذه القرينة تصلح أيضاً لنقل عبء إثبات الهلاك أو الخسارة إلى الأمين إذا ادعى هلاك المال أو الخسارة، ذلك أن تسلم الأمين لرأس مال المضاربة أو الوكالة في الاستثمار أو حصة البنك في المشاركة ثابت بيقين، وبذلك ينتهي حكم البراءة الأصلية، لأن أدلة الشريعة تقطع بوجوب رد الأمانات إلى أهلها، قال تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا " وقال رسول الله ﷺ: أد الأمانة إلى من ائتمنك" والأصل والظاهر بل والكثير الغالب أن رأس المال يبقى ويحقق الربح المتوقع في دراسة الجدوى، وهلاكه وخسارته دون تعد أو تفريط نادر جداً، والنادر لا حكم له في الشرع. ذلك أن الظاهر المشاهد الذي تدل عليه الأعراف التجارية أن الأموال تبقى ولا تهلك وأنها تحقق أرباحاً في الظروف العادية، فإذا ما ادعى المضارب مثلاً هلاك رأس المال أو خسارته فعليه هو أن يثبت واقعة الهلاك أو الخسارة أولاً، ثم يثبت ثانياً أن هذا الهلاك وتلك الخسارة كانت بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي أثاره، أي أن عليه إثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي وإلا لزمه الضمان، لأن الأصل هو بقاء المال الذي قبض بيقين، ووجب رده بيقين، فلا يزول هذا اليقين إلا بيقين مثله ولا يزول بمجرد دعوى الأمين.

الفرع الثاني: المصلحة الراجحة والحاجة الكلية ودورهما في نقل عبء الإثبات

المقصود بالمصلحة هنا هو حفظ أموال الناس التي تسلم إلى الأمناء للعمل فيها، كالصناع أو لحفظها، كالمودع لديه أو للتوثق بها كالمرتهن أو للانتفاع بها كالمستعير أو لاستثمارها كالمضارب أو الشريك المدير ووكيل الاستثمار والمقصود بكونها راجحة أن هناك مصلحة أخرى مرجوحة، وهي مصلحة الأمناء في عدم تضمينهم دون إثبات أصحاب الأموال تعديهم، وقد تقرر في علم المقاصد الشرعية أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة وتضمين الأمين قد يكون ضرورياً لحفظ المال فيكون القضاء بتضمين الصناع ضرورياً، غير أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة فتكفي في نقل عبء الإثبات.

وقد قال بعض الباحثين في المصلحة إن مالكاً أفتى بتضمين الصناع والأجير المشترك وطائفة من الأمناء وأن هذه الفتوى كان سندها المصلحة المرسلة، وأن هذه المصلحة جاءت على خلاف الدليل. وخرجوا من ذلك بأن مذهب مالك في تضمين هؤلاء الأمناء يقوم على تقديم رعاية المصلحة على الأدلة الشرعية. وتضمين الصناع عند هؤلاء الباحثين لا يعني مجرد نقل عبء الإثبات إلى الصناع بحيث يبرأ الصناع من الضمان إذا أثبت أن الهلاك كان بدون تعديه، بل يقصدون أن الصناع يضمنون في جميع الحالات أي ولو كان هلاك ما بأيديهم بدون تعد منهم ولا تفريط وقام الصناع بإثبات ذلك.

والغريب أن أحدا من هؤلاء الكاتبين لم يذكر لنا الدليل الذي خالفه مالك بفتواه في تضمين الصناع وغيرهم. واكتفوا بترديد عبارة الشاطبي: (إن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية) مع أنه من البديهيات أن من يدعي أن فتوى معينة جاءت على خلاف الدليل يلزمه إبداء هذا الدليل ونوعه لينظر فيه الناقد ويرى ما إذا كان هناك تعارض بينه وبين المصلحة أم لا، إذ التعارض لا يتحقق إلا إذا كان الدليل يثبت في الواقعة حكما يناقض الحكم الذي تقتضيه





المصلحة، وهل هذا الدليل نص أو إجماع أو قياس أو غيرها، وهل هو دليل من أدلة مشروعية الأحكام أم من أدلة وقوعها وثبوتها وتحقيق مناطها.

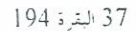
والحق أن الفتوى بتضمين الصناع وغيرهم من الأمناء لاتخالف دليلا شرعيا؛ نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وإنما هي تحقيق مناط حكم شرعي ثابت بالنص، فهي تطبيق للنص وليست خروجا عليه، ولا إستثناء منه، كما فهم ذلك البعض. وحاصل الأمر أن أمام المجتهد فيما يتعلق بتضمين الصناع أصلان:

أحدهما: يتعلق بحكم الضمان نفسه وهو الذي يدل عليه قوله تعالى:(فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ)[37] ومقتضاه أن مناط وجوب ضمان شخص مال غيره هو العدوان على هذا المال، والعدوان في يد الضمان، كالغاصب هو واقعة الغصب نفسها كما تقدم، والعدوان في يد الأمانة هو تعدى الأمين مباشرة أو بالتسبب على المال أو التفريط في حفظه أو الخطأ في اتخاذ القرار الاستثماري بشأنه إن كان مضارباً أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار.

وثانيهما: يتعلق بالإثبات، وهو قوله ﷺ:(البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ومقتضاه أن من كان في مركز المدعي من المتداعيين فعليه البينة، ومن كان منهما في مركز المدعى عليه فلا يلزمه غير اليمين، فإذا ادعى الصانع مثلاً هلاك مال الغير دون تعد منه فعليه إقامة البينة إن كان في مركز المدعي بأن كانت دعواه على خلاف الظاهر، وليس عليه إلا اليمين إن كان في مركز المدعى عليه.

وأما متى يعتبر الصانع ومن معه مدعيا ومتى يعتبر مدعى عليه؟ يرجع ذلك إلى تفسير المراد بالمدعي والمدعى عليه، وتحقيق مناطه في النوازل المختلفة. فإذا قلنا إن من يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب الذي جرت به العادة يعد مدعيا كان الصانع- عند غلبة الخيانة على طائفة الصناع – مدعيا وعليه إقامة البينة على عدم التعدي أو التقصير،لأنه يدعى خلاف الظاهر والكثير الغالب من حال طبقة الصناع، وعلى العكس من ذلك إذا كان الغالب على طبقة الصناع الأمانة، كان الصانع مدعيا ما يشهد له الظاهر والكثير الغالب، فهو إذن مدعى عليه، فلا يلزمه – عند دعواه التلف أو الهلاك دون تعديه – إلا باليمين، وعلى صاحب السلعة الذي يدعي خلاف الظاهر من حال الصناع أن يقيم الدليل على أن الهلاك كان بتعد أو تقصير من الصانع، لأنه مدع بهذا المعنى. وسواء أفتينا بتضمين الصناع أو بعدم تضمينهم، فإننا لا نخالف نصاً شرعياً ولا نقدم مصلحة عليه، بل نطبق النص على أكمل وجه وأتمه، كما سنرى ذلك مفصلا بعد.

وعلى فرض أن الفتوى بتضمين الصناع وغيرهم من الأمناء ليست إعمالا للنصوص وتحقيقاً لمناطها، وإنما هي فتوى بناء على المصلحة التي قدمت على مقتضى النص، على فرض وجود نص يوجب عدم تضمين الصناع، فإن المصلحة في التضمين ليست مصلحة مجردة، بل هي مصلحة تشهد لها النصوص الشرعية، فهذه المصلحة عند القائلين بها مصلحة معتبرة يشهد لها الأصل المعين، ذلك الأصل هو الرهن والعارية، كما نص عليه صاحب المنتقى في شرح موطأ مالك ونبه عليه الإمام الشافعي في الأم.



37 البقرة 194



وفوق ذلك فقد أقمنا الأدلة على أن تضمين الصناع مصلحة تدخل تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة لا بدليل واحد ولا بنص معين، وإنما بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر وتفيد القطع. وهذا الجنس هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في كل نازلة لا نص فيها بعينها إذا كانت مناطا لهاتين المصلحتين.

وسواء كانت هذه المصلحة من المصالح الداخلة في القياس أو المصالح الملائمة، فإن الذي خصص الدليل – على فرض وجود دليل على خلاف هذه المصلحة يقضي بعدم تضمين الصناع مطلقاً، مثلهم في ذلك مثل بقية الأمناء – هو النص المعين الذي شهد لعين المصلحة أو النصوص الكثيرة التي شهدت لجنسها، وليس فيه تقديم لمصلحة مجردة يراها مالك أولى بالرعاية والتقديم على الأدلة الشرعية.

هذا هو مجمل ردنا على هؤلاء الباحثين. وإليك هذا الرد والحجج التي نستند إليها في تضمين الصناع إذا كانوا في مركز المدعي وعجزوا عن إقامة الدليل على أن هلاك ما بأيديهم من المتاع كان بسبب لا يد لهم فيه، على وجه التفصيل. ويحسن بنا قبل الاستطراد في هذا أن نذكر حقيقة مذاهب الفقهاء في تضمين الصناع، باعتباره السند الشرعي للرأي الذي ذهبنا إليه في نقل عبء الإثبات في عقود الأمانة إلى الأمناء إذا كانوا في مركز المدعي وعجزوا عن إقامة البينة على أن هلاك ما بأيديهم كان بسبب لا يد لهم فيه.

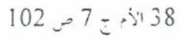
أولا - مذاهب العلماء في تضمين الصناع:

هناك اتجاهات ثلاثة في الفقه الإسلامي في تضمين الصناع، وهذه الاتجاهات الثلاثة يمكن في نظرنا، أن تطبق على بقية عقود الأمانة التي يجمعها مع الصناع وضع اليد على مال الغير بإذن ذلك الغير:

الإتجاه الأول: ويرى أصحابه أن الصانع مصدق في دعوى هلاك ما تحت يده من أمتعة الناس دون تعد منه ولا تفريط وأن القول قوله في هذا الهلاك، وعلى ذلك لا يضمن الصناع إلا إذا أثبت صاحب السلعة تعدي الصانع أو تفريطه، وسندهم في هذا أن يد الصانع يد أمانة والأمين لا يضمن إلا بالتعدي ولا يظهر التعدي إلا إذا قامت البينة عليه، فإذا لم يقم رب السلعة البينة على تعدي الصانع أو تفريطه كان الصانع غير ضامن ما ادعى ضياعه أو هلاكه. وقد قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة ﷺ.

فقد جاء في الأم:" قال الشافعي رحمه الله تعالى: وثابت عن عطاء أنه قال لا ضمان على صانع ولا على أجير. فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسألة فيه، وهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، والجناية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا، قال الربيع: الذي يذهب اليه الشافعي فيما رأيته أنه لاضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الضياع"[38].

فهذا النص يقطع بأن مناط ضمان الصناع عند أصحاب هذا الاتجاه ومثلهم في نظري بقية الأمناء، هو التعدي أو الجناية، وأن وجوب الضمان يدور مع التعدي وجوداً وعدماً، وأن الضمان الذي نفاه الشافعي عن الصناع هو ضمان



38 الأم ج 7 ص 102



الغاصب، أي ضمان كل هلاك ولو كان بسبب لا يد للصانع فيه، أما ضمان الأمين بالتعدي والجناية فهو ثابت، غير أن عبء إثباته يقع على عاتق صاحب المتاع، لأنه يدعي خلاف الظاهر من حال الصناع، وهو الأمانة.

وجاء في الأم أيضا: (ولو أن الثوب ضاع عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة قال لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ ومأشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم)[39] فمناط وجوب الضمان عند أبي حنيفة هو الجناية والتعدي، وأن هذا الحكم يدور مع المناط وجوداً وعدماً وأن الصانع لا يضمن إلا إذا أقام صاحب المتاع الدليل على تعديه.

وجاء في مجمع الضمانات: (الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعامة، والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة. وله أن العين أمانة في يده، لأن القبض بإذنه (إذن صاحب المتاع) والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر)[40].

فالهلاك بغير عمل الأجير المشترك لا يوجب الضمان، وأما إذا كان هذا الهلاك بعمله، أي بسبب تعديه أو تفريطه فإنه يضمن، غير أن هناك قرينة قائمة دائماً في صالح الأجير المشترك عند أبي حنيفة أن هلاك المتاع لم يكن بسبب تعديه، لأن الأصل في الأمانة حتى يقيم مالك المتاع الدليل على التعدي.

وفي مشتمل الهداية: (لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلفه عند أبي حنيفة، لأن يده يد أمانة عنده، (نقله صاحب مجمع الضمانات)[41]

فالذي يؤخذ من هذه النصوص أن الأصل أن يد الصانع والأجير المشترك، ويقاس عليهما غيرهم من الأمناء، يد أمانة، وأنهم مصدقون في دعوى الهلاك دون تعديهم، وأن القول قولهم وأنهم لا يضمنون دون إثبات صاحب المتاع التعدي أو التفريط وبعبارة أخرى فإن الضمان يناط عند أصحاب هذا الاتجاه بالتعدي أو التفريط، فإن وقع التعدي أو التفريط من الأمين ضمن وإلا فلا، وأما إثبات هذا التعدي أو التفريط فهو على رب المتاع، فإن نجح في هذا الإثبات ضمن الصانع وإلا فلا، فهناك إذن قرينة لصالح الصانع على أن ما يهلك تحت يده يكون دون تعديه أو تفريطه، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ومن ثمن فإنه يجوز لصاحب المتاع أن يقيم الدليل على أن هلاك المتاع تحت يد الصانع كان بتعدي الصانع أو تفريطه، فإن نجح في هذا الإثبات قضى على الصانع بالضمان، وما يقال في الصانع يقال مثله في بقية الأمناء عند أصحاب هذا الاتجاه، فالقول قول الأمين في أن الهلاك لم يكن بتعديه، حتى يثبت مالك المتاع العكس. ونخلص من ذلك إلى أن أصحاب هذا الاتجاه يسلمون بأن ضمان الصانع مناطه التعدي أو التفريط، إلا أنهم عند الاختلاف يرون أن البينة دائماً على صاحب المتاع، لأنهم يعدون الصناع مدعى عليهم، لأن دعواهم يؤيدها الظاهر من غلبة الأمانة والصدق عليهم في رأي أصحاب هذا الاتجاه.

---

39 الأم ج 4 ص 41

40 مجمع الضمانات ج 1 ص 100

41 مجمع الضمانات ج 1 ص 102



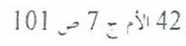
الإتجاه الثاني: ويرى أصحابه أن الصانع أو الأجير المشترك، ضامن لما تسلمه من السلع في كل حال، وأن هناك قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على أن كل ما ضاع أو هلك تحت يد الصانع فهو بتعدي الصانع وتفريطه، ومن ثمن فإن مالك المتاع لا يطالب بالبينة، ولا يسمح للصانع، والحال كذلك، بالتخلص من الضمان بإثبات أن التلف أو الهلاك أو الضياع لم يكن بتعديه وإنما كان بسبب لا يد له فيه كاحتراق بيته وغير ذلك. وقد قال بذلك شريح وابن أبي ليلى.

فقد جاء في الأم: (وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح فضمن قصارا احترق بيته، فقال القصار أتضمنني وقد احترق بيتي ؟ فقال شريح.أرأيت لو احترق بيته (صاحب المتاع) أكنت تترك له أجرتك؟ قال الشافعي رحمه الله تعالى: أخبرنا عنه ابن عيينة بهذا).

فهذا يعني أن يد الصانع والأجير المشترك تعامل معاملة يد الضمان لا يد الأمانة، عند شريح وابن أبي ليلى، لأنهما يقضيان عليه بالضمان في جميع الحالات دون مطالبة مالك المتاع بإثبات تعدي الصانع ولا يسمحان للصانع بإثبات العكس أي بنفي التعدي عن نفسه، فأصحاب هذا الاتجاه لا يطبقون الأصل الشرعي الكلي في تضمين الأمناء، وهو أن التعدي مناط وجوب التضمين وعلته وأن حكم التضمين يدور مع هذه العلة وجوداً وعدماً، بل يحكمون بالضمان على الصانع بناء على أن الصانع يستفيد من عقد الأجارة على الصنعة وذلك بأخذ الأجر، أي أن له الغنم فكان عليه الغرم ويتحمل تبعة هلاك ما يحوزه من أموال الناس، وكل ذلك قياساً منها على بعض الأمناء الذين يحوزون أموال الغير ويضعون أيديهم عليها لمصلحتهم الخاصة كالمستعير والمرتهن عند القائلين بتضمينهم، ضمان الغاصب في جميع الحالات غير أن هذا قياس مع الفارق لأن الصناع يحوزون السلع لمصلحة مشتركة بينهم وبين أصحابها، لأنهم يعملون فيها بأجر.

ويمكن القول دون تردد بأن مذهب شريح وابن أبي ليلى يمكن تطبيقه على الأمناء الذين يحوزون مال الغير لمصلحتهم الخاصة دون غيرهم، وذلك تطبقاً لقاعدة الغرم بالغنم كما تقدم لا يكن أساس التعدي والتفريط حيث أنهما لا يسمحان لهؤلاء التخلص من الضمان إذا أثبتوا عدم تعديهم.

الإتجاه الثالث: ويرى أصحابه أن الصانع لو ادعى الهلاك أو السرقة أو غير ذلك فإنه يضمن حتى يقيم هو الدليل على أن هذا الهلاك لم يكن بسبب من ناحيته. ومعنى هذا أن هناك قرينة في صالح رب السلعة مضمونها أن كل هلاك للسلع يكون بتقصير من الصانع، إلا أن هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وذلك إذا أثبت الصانع السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو الحادث الذي لا يد له فيه،والذي أدى إلى الهلاك أو الضياع. وقد قال بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن أصحاب أبي حنيفة ﷺ. وهو مذهب المالكية.فقد جاء في الأم: (قال أبو يوسف هم- أي الصناع – ضامنون إلا أن يجئ شئ غالب)[42]



42 الأم ج 7 ص 101



وجاء في مجمع الضمانات (وعندهما (أبويوسف ومحمد):إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه، كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن (الصناع)، لهما:أن الحفظ مستحق عليه، إذ لا يمكنه العمل بدونه،فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته)[43].

وجاء فيه: (وعندهما (أبو يوسف ومحمد) يضمن (الصناع)، لأن يده يد ضمان عندهما، فلا يصدق بلا برهان). مما يفيد أن للصانع أن يقيم البرهان على عدم التعدي فيبرأ من الضمان، فلا تكون القرينة قطعية، بل بسيطة تقبل إثبات العكس[44].

وجاء في المنتقى شرح الموطأ: (وضمانهم –أي الصناع-مما أجمع عليه العلماء،وقال القاضي أبو محمد:إنه إجماع الصحابة، وقال علي بن أبي طالب ﷺ لا يصلح الناس إلا ذاك. قال مالك في المدونة والموازية وغيرهما:وذلك لمصلحة الناس، إذ لا غنى بالناس عنهم، كما نهى عن تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي للمصلحة. وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع،قال القاضي أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه، فلو قلنا القول قول الصناع في ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك ويلحق أرباب السلع ضرر لأنهم بين أمرين:إما أن يدفعوا إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعون فيضرهم. ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمصلحة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالرهن والعارية)[45].

وجاء فيه أيضاً: (وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق، لم يصدق في ذهاب المتاع وكذلك لو احترق بيته ورأى ثوب الرجل يحترق فيه، روى محمد عن مالك: وهو ضامن حتى يعلم أن النار من غير سببه، أو سيل يأتي أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان، وقال مالك في قرض الفأر وادعى صاحب الثوب بتعدي الصانع وتضييعه:الصانع مصدق و التعدي لا يلزم بدعوى صاحب المتاع)[46].

ومن ذلك ما قاله ابن فرحون: وَلَا يَنْفَعُ الصَّانِعَ إذَا احْتَرَقَ حَانُوتُهُ أَوْ سُوقُهُ أَوْ سُرِقَ مَنْزِلُهُ دَعْوَاهُ، أَنَّ الشَّيْءَ الْمَصْنُوعَ كَانَ فِيهِ إلَّا أَنْ يَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى ذَلِكَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَوَقَعَ لِابْنِ أَيْمَنَ غَيْرُ هَذَا.[47]

والذي يؤخذ من هذه النصوص: أن مالكا وأبا يوسف ومحمدا يرون أن هناك قرينة في صالح رب السلعة أن كل هلاك أو ضياع أو تلف إنما هو بتقصير من الصانع، ولا يلزم رب السلعة بإقامة البينة على تعدي الصانع أو تقصيره،بل يستحق التعويض بمجرد إثبات تسليم المتاع إلى الصانع، إلا أن هذه القرينة قرينة بسيطة، بمعنى أن الصانع يستطيع أن يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، فعند ذلك يبرأ من الضمان.

---

43 الأم ج 1 ص 100

44 الأم ج 1 ص 102

45 المنتقى ج 4 ص 52

46 المنتقى ج 4 ص 52

47 تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ج 5 ص 354



فالفرق إذن بين هذه الإتجاهات الثلاثة هو أنه في حالة دعوى الصانع الهلاك أو الضياع وتكذيب صاحب المتاع له، فالشافعي وأبو حنيفة يقولان: القول قول الصانع، وهو مصدق حتى يثبت رب المتاع تعدي الصانع أو تقصيره، فالقرينة هنا قائمة لصالح الصانع أن كل ما هلك فهو بدون تقصير منه حتى يثبت رب السلعة العكس لأن الأصل قيمة الأمانة فيكون مدعى عليه. وأما مالك والصاحبان فالقرينة عندهم يشهد لرب السلعة حتى يقيم الصانع الدليل على العكس فتنتقض هذه القرينة ويبرأ من الضمان، وأما ابن ابي ليلى وشريح فيريان أن الصانع ضامن على كل حال، وأن ضمانه هذا لا يستند إلى تعد أو تقصير بل بمجرد أنه تسلم سلعة ليعمل فيها بالأجر فالتبعة عليه عملا بقاعدة الغنم بالغرم،ذلك أنه تسلم السلعة لمصلحة نفسه أو لمصلحة مشتركة بينه وبين مالكها لأنه يستحق الأجر، فأشبه المستعير الذي يتسلم سلعة للإستفادة منها فيضمنها ولو لم يتعد ولم يقصر. وقد ذكرنا أنه كان يمكن أن تطبيق اجتهادهما على المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار، لأن لهم مصلحة في وضع أيديهم على مال الغير فكان عليهم الضمان حتى يقيموا الدليل على عدم تعديهم، لأننا لا نقول بأن يد الأمين تتحول إلى يد ضمان بتعديه أو تفريطه.

ثانيا - إثبات أن تضمين الصناع تطبيق للنصوص الشرعية :

لقد عرضنا اجتهاد المذاهب في مسألة تضمين الصناع وأمثالهم من الأمناء، والذي نريد أن نعرفه الآن هو سند هذا الإجتهاد وعلاقته بالنصوص الشرعية في هذا الخصوص.

إن أساس هذا الإجتهاد هو تحقيق مناط الحديث الذي يقرر القاعدة القضائية المشهورة في قوله ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) فقد اتفق المجتهدون على أن المدعي يطالب بالبينة على صدق دعواه، وأنه ليس على المدعى عليه المنكر إلا اليمين. وهذه القاعدة تمثل حكماً شرعياً ثابتاً لا يلحقه التغيير ولا التبديل، ويطبق على كل ما يتحقق فيه مناطها.

وقد اختلف المجتهدون في تحقيق مناط هذا النص في الوقائع والنوازل والجزئيات، وذلك بسبب اختلافهم في معنى المدعي والمدعى عليه الوارد في الحديث، ثم في تحقيق هذا المعنى في بعض الوقائع،ومنها مسألة تضمين الصناع ومن معهم من الأمناء. فمن قال إن رب السلعة يعد مدعيا، قال إنه لا ضمان على الصانع إلا أن يقيم رب السلعة البينة على دعواه أن الصانع قصر أو تعدى، ومن قال إن الصانع هو المدعي لأنه يدعي الهلاك، والأصل عدمه، ويدعي عدم التعدي والظاهر يكذبه، قال إنه يلزمه إقامة الدليل على دعواه أن الهلاك لم يكن بتعديه، بل كان بسبب لا يد له فيه، فإذا لم يأت بالبينة فهو ضامن.

وأما من قال أن الصانع ضامن وإن أقام البينة على أن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه فلعله يقول: إن الصانع مدع، ولكنه لم يسمح له بإقامة الدليل على أن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه، إقامة لمظنة التعدي مقام نفس التعدي، وإعطاءها حكمه ويعبر عن ذلك المنهج في الاجتهاد: بقيام المظنة مقام المئنة وإن تخلفت المظنة في بعض الصور النادرة، ذلك أن المجتهد نظر فوجد أن الغالب على الصناع التقصير والخيانة بعد فساد الحال وضعف سلطان الدين على قلوبهم فقال بالتضمين في جميع الحالات، سدا لذريعة الدعاوى الباطلة، وإن كان هذا، قد يؤدي إلى تضمين البرئ أحيانا، إلا أن ذلك من قبيل النادر فلم يلتفت إليه جرياً على عادة الشرع، فقد جعل السفر مناط بعض الرخص، لأنه مظنة المشـــقة مع



التخلف في الملك المرفه، وجعل الخلوة بالأجنبية مناطاً للتحريم، لأنها مظنة الفعل المحرم، فقامت المظنة مقام المئنة أي الفعل المحرم مع جواز التخلف، وجعل البلوغ مناط التكليف، لأنه مظنة العقل مع جواز التخلف، وجعل الإيلاج مناطا لأحكام كثيرة لأنه مظنة الإنزال مع جواز التخلف وهكذا.

ويمكن كذلك الاستدلال لشريح وابن أبي ليلى بأن الصانع تسلم المتاع لمصلحة نفسه لأنه يستفيد من الأجرة فكانت يده يد ضمان كالمستعير عند القائلين بأن يده يد ضمان.

وفي بيان أن هذا الإجتهاد هو من باب تحقيق مناط الحكم المنصوص وليس اجتهادا مخالفا للنص ولا مخصصا للدليل يقول الشاطبي رضي الله عنه، وهو يعدد أنواع الإجتهاد: "فأما الأول فهو الإجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لاخلاف بين الأئمه في قبوله، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي أي بمناطه وعلته لكن يبقى النظر في تعيين محله".

وقد مثل لذلك بأمثلة عدة فقال: (وذلك أن الشارع إذا قال، "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ"[48]، وثبت عندنا معنى العدالة شرعا افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة) ثم قال:(ومن القواعد القضائية: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، فالقاضي لا يمكنه الحكم في الواقعة، بل لا يمكنه توجيه الحجاج ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعي من المدعى عليه. وهو أصل القضاء، ولا يتعين ذلك إلا بنظر وإجتهاد ورد الدعاوى إلى الأدلة وهو تحقيق المناط بعينه)

وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام: (إن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنه أصل مشكل، وأنهم لم يختلفوا في حكم كل منهما ولكن الكلام في تمايزهما. ولهم في تحديدهما عبارات كثيرة.منها أن الأول من إذا ترك الخصومة ترك أو من لا يستند قوله إلى مصدق.أو من لا يكون قوله على وفق أصل أو عرف،والثاني ما ليس كذلك. غير أن الأنظار تضطرب لتعارض الأحوال من عرف أو غالب أو أصل وهكذا).

وعلى هذا الأساس نقول:إن الصناع كانوا مؤتمنين يندر فيهم الكذب في عهد النبوة والخلافة الراشدة حتى خلافة الإمام علي ﷺ. فكان الظاهر والكثير الغالب إذن صدقه، فإذا أخبر أحدهم عن هلاك السلعة أو ضياعها دون تعديه كان الغالب يشهد له، فكان مدعى عليه، وكان رب السلعة في دعواه أن الهلاك كان بتعدي أو بتقصير الصانع، مدعياً خلاف الظاهر والكثير الغالب فكان مدعياً، ووجب عليه إقامة البينة على دعواه وإلا برئ الصانع من الضمان. وهذه مسألة واقع يقدره المجتهد حسب علمه وخبرته واطلاعه على أحوال الصناع وأرباب السلع،وقد تختلف نظرة المجتهد لذلك.

فلما تغير الزمن وفسدت الذمم وضعف سلطان الدين على القلوب، وكان الغالب على طائفة الصناع التعدي والخيانة والتقصير، كانت دعوى رب السلعة أن الهلاك كان بتعدي الصانع أو تقصيره دعوى يسندها الظاهر، وكان الصانع إذا ادعى أن الهلاك كان دون تعد منه، مدعيا خلاف الظاهر والكثير الغالب، فكان مدعيا، وحيث إن على المدعي البينة، كان الصانع ضامناً حتى يقيم هو البينة على أن الهلاك كان بسبب أجنبي أو حادث لا يد له فيه. وكان الاجتهاد في

---

48 النساء 2





الحالين اجتهادا في تحقيق مناط النص وتطبيقاً أميناً له حسب الاجتهاد في معرفة الواقع، وليس قولا بالهوى والتشهي ولا عملاً بالمصلحة المجردة على خلاف النص، أو معارضة لنص أو مخالفة لدليل بالمصلحة كما قال بعض الكاتبين.

و أما عبارة الشاطبي في قوله: "إن الصناع مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية" فيقصد به دليل تحقيق المناط السابق للقول بعدم ضمانهم. ومعنى هذا أن تحقيق مناط الحديث المذكور كان يقضي زمن النبوة وبعده حتى خلافة علي رضي الله عنه بأن الأجير المشترك مؤتمن يصدق في دعواه الهلاك، لأن الظاهر والغالب كان يشهد له، فلما تغيرت الأحوال وكان الغالب وقوع التقصير والتعدي منهم، تغير تحقيق مناط الحكم فيهم فتغيرت الفتوى مع بقاء الحكم الشرعي بنوعيه، أي الحكم بأن "التعدي هو مناط الضمان"، والحكم بأن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، على حاله.

ولذلك نجد الشافعي يذكر هذه المسألة في كتابه الأم في باب ما يجب فيه اليمين إشارة الى تعلقها بتحقيق مناط النص الشرعي "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" ومعرفة من هو المدعي الذي تلزمه البينة ومن هو المدعى عليه الذي لا يلزمه إلا اليمين؟

وصاحب المنتقى يقول: (فلو قلنا القول قول الصناع في ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك ويلحق أرباب السلع ضرر) فهذا يشير إلى أن الإجتهاد في هذه المسألة يتعلق بمن يكون القول قوله في دعوى الضياع، أهو رب السلعة أم الصانع، وبعبارة أخرى يتعلق بتحديد المدعي والمدعى عليه، ثم يرى صاحب المنتقى أن الصانع مدع، لأنه يدعي خلاف الغالب، لأن الغالب أن التلف يكون عن تعد أو تقصير من الصانع، والصانع يدعي إن الهلاك كان بسبب لا يد له فيه، والظاهر الغالب يكذبه فكان عليه هو أن يقيم الدليل.

ويتلخص ما سبق في أن سند الإمام مالك ومن معه في هذه الفتوى هو حديث: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وأنه لم يقدم المصلحة على هذا النص بل أعمل هذا النص وطبقه بكل دقة، إذ أداه اجتهاده إلى أن الصانع مدع خلاف الظاهر والغالب فكان مدعيا. وحيث إن المدعي يلزم بالبينة فهو مطالب بالإثبات، فإذا لم يثبت دعواه للسبب الأجنبي كان مطالبا بالضمان. ويترتب على ذلك أن الإمام مالكاً عندما ينقل عبء الإثبات من مالك المتاع إلى الصانع وغيره من الأجراء فإنما ينقله لأن الصناع صاروا في نظره واجتهاده مدعين، لأنهم يدعون خلاف الظاهر والكثير الغالب الذي تحقق عنده، وقد خالفه غيره من المجتهدين في نظرته حال الصناع حسب علمه واطلاعه على أحوالهم، وهو اختلاف في تحقيق مناط الدليل، وليس معارضة للدليل ولا خروجاً عليه، ولذلك ثبت أن نقل عبء الإثبات إلى الصانع هو تطبيق سليم وأمين للحديث الوارد في الإثبات.وهو ما يجب تطبيقه في نظري على جميع الأمناء إذا كانوا في مركز المدعي بأن ادعوا ما يكذبه الظاهر والكثير الغالب كالمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار.

ثالثا : إثبات أن تضمين الصناع مصلحة شهدت لها الأصول:

بينا آراء الأئمة في تضمين الصناع خصوصاً ومن في حكمهم من الأمناء عموماً، ما يتلف في أيديهم من السلع، وأثبتنا أن اجتهادهم في هذه النازلة كان عملا بالأدلة الشرعية، وتحقيقا لمناطها، وليس تركا لها بالمصلحة. والذي نريد أن نؤكده الآن هو أنه على فرض أن سند القول بالتضمين هو المصلحة، وأن هذه المصلحة تعارض نصا أو دليلا شرعيا، وهو ما أثبتنا بطلانه وفساده، فإن هذه المصلحة ليست مصلحة مجردة، وإنما هي مصلحة شهدت لها النصوص الشرعية. ولقد



أثبت الكتّاب من المالكية وغيرهم أن هذه المصلحة مصلحة تدخل تحت جنس شهدت له النصوص الشرعية في الجملة، وأن رعاية مصلحة أرباب السلع يرجع إلى الأصل الكلي الذي أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع، ذلك الأصل هو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض في الوقائع التي ليس فيها بعينها نص حكم للشارع، وكانت مناطا لمصلحة عامة ومصلحة خاصة،لابد من ترجيح إحداهما على الأخرى. وقد رجح مالك ومن معه المصلحة العامة، أي مصلحة أرباب السلع على المصلحة الخاصة بالصناع، هذا وقد قرر بعض الفقهاء أن تضمين الصناع يحقق المصلحة العامة والخاصة معاً، لأنه لا تعارض بينهما.

فقد جاء في المنتقى شرح موطأ مالك "لأن ذلك (تضمين الصناع) يتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأبابا السلع"[49]

فإذا فرضنا أن هناك دليلا شرعيا يعارض هذه المصلحة وهو فرض غير صحيح فإن المخصص لهذا الدليل أو المقيد لإطلاقه هو تلك النصوص الشرعية الكثيرة التي أخذت في استقراء تلك المصلحة أو ذلك الأصل الكلي،ودلت على اعتبار الشارع جنس هذه المصلحة،وبطلت دعوى هؤلاء الكتاب أن مالكاً قدم العمل بالمصلحة القريبةالتي رآها على الدليل الشرعي.

وفوق ذلك فقد قرر الباجي المالكي في المنتقى شرح موطأ مالك أن المصلحة في تضمين الصناع مصلحة شهدت لها الأصول المعينة، وبذلك تكون مصلحة يرجع حاصلها إلى باب القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص، يقول الباجي: (ودليلنا من جهة المعنى أنه (الصانع) قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالرهن والعارية)[50]

والذي يؤخذ من هذا النص أن المالكية يعتبرون أن الحائز لمال الغير بإذنه لمصلحة الحائز من غير استحقاق للآخذ بعقد متقدم لا يقبل قوله في الهلاك والتلف قياساً على المستعير والمرتهن بل عليه إقامة الدليل على أن الهلاك لم يكن بتعديه وإلا ضمن، وهذا يمكن تطبيقه على المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار لأنهم جميعاً يحوزون رأس المال بإذن رب المال والشريك والوكيل لمصلحتهم، لأن المضارب يستحق حصته من ربح المضاربة، والوكيل في الاستثمار يستحق أجراً معلوماً، وقد يستحق مع الأجر حافزاً، وأما الشريك المدير فإنه يستحق حصة من ربح المشاركة.

ويقول الشافعي في الأم: (ومن قال هذا – تضمين الصناع – قاسه على العارية فضمن (الصانع)، وقال إنما ضمنت العارية لمنفعة فيها للمستعير، فهو ضامن لها حتى يؤديها بالسلامة وهي كالسلف).

ونحن لا نتفق مع الشافعي في دعواه أن العارية ضمنت قياساً على السلف وأن ضمان المستعير للعين المستعارة يضعه في موضع المقترض بحيث تكون العارية، بالتعدي عليها ديناً في ذمة المستعير، ثم يقيس تضمين الصناع على ذلك، إذ أن الصانع ضمن عند المالكية ومن معهم لأنه ادعى خلاف الظاهر والكثير الغالب في طائفة الصناع فكان مدعياً فلزمته

---

49 الموطأ ج ص

50 المنتقى في شرح الموطأ ج ص



البينة وإلا ضمن. يؤكد هذا عبارة الباجي: (فلم يقبل قوله في تلفها كالراهن والعارية) فعبارة لم يقبل قوله تعني لم يقبل قوله دون بينة. وهل الشافعي يقصد بعبارة (ومن قال هذا) من يقول بتضمين الصناع في جميع الأحوال، أي وإن أقام البينة على عدم التعدي؟

ويقاس على الصناع والأجراء بقية الأمناء الذين يحوزون مال الغير بإذن ذلك الغير، فإنهم يخضعون في وجوب الضمان للأصلين اللذين قررناهما أكثر من مرة. وهما الأصل المتعلق بموضوع الضمان نفسه، وهو أن "التعدي مناط الضمان"، والأصل المتعلق بإثبات هذا التعدي وهو أن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وعند تطبيق هذا الأصل الأخير فإننا نرجع إلى تعريف المدعي والمدعى عليه، ثم نحقق مناط كل منهما في الأيدي الأمينة، فإذا كان الظاهر يصدق دعوى هذه الأيدي أنها ما تعدت وما قصرت فإنها تبرأ من الضمان وعلى مالك المال إثبات التعدي، وأما إذا كان الظاهر لا يشهد لها بل يشهد بكذبها فإن دعواها عدم التعدي لا تصدق، وعليها أن تقيم هي الدليل على عدم التعدي وإلا قضي عليها بالضمان.وهذا ما يطلق عليه نقل عبء الإثبات إلى الأمين للمصلحة العامة أو لوجود قرائن تكذب دعواه، وتجعلها على خلاف الظاهر والكثير الغالب، وقد رأينا أن هذه القرائن غير محصورة ولكننا ذكرنا منها على سبيل المثال التهمة والمصلحة العامة والحاجة الكلية، وسوف نرى عند دراستنا لشرط الضمان أن هذه القرائن لا تحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ولكنها، وفي حدود معينة تصلح لنقل عبء الإثبات إلى الأمين.



الفرع الثالث: أثر الشرط في أحكام ضمان الأمين

ذكرنا في التمهيد والفصول السابقة أن ضمان الأمين يحكمه أصلان شرعيان: **أولهما:** يتعلق بموضوع الضمان، وهو أن التعدي مناط وجوب ضمان. **ثانيهما:** يتعلق بالإثبات عند الاختلاف، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، أي على المدعى عليه.

وذكرنا ان بعض الفقهاء يؤسس ضمان بعض الأمناء على أسباب وقواعد شرعية أخرى، فبعض الفقهاء يرى تضمين المستعير على أساس قاعدة الغنم بالغرم، فالمستعير له غنم المال المستعار، لأن نفعه ومصلحته تعود إليه وحده، فكان عليه أن يتحمل الغرم أي مخاطر الهلاك والتلف. وبعض الفقهاء يضمن المرتهن بناء على قاعدة الاستيفاء الحكمي. وبعض الفقهاء يضمن الصانع والأجير المشترك حماية لمصلحة راجحة وحاجة عامة هي مصلحة أرباب السلع وحاجتهم إلى الصانع، ويرى بعض المالكية أن تضمين الصناع يحقق مصلحة للصناع أيضاً، لأنهم إذا لم يضمنوا ما تحت أيديهم امتنع الناس عن خدماتهم وهي مصدر رزقهم.

وفي هذا الفرع نبحث أثر الشرط في تغيير هذه الأصول وتلك القواعد، فإذا قلنا إن تعدي الأمين يوجب ضمانه، وأنه لا ضمان عليه دون تعديه، فهل يجوز الاتفاق بالشرط على خلاف هذا الحكم، بأن يشترط مالك المال على الأمين الضمان في كل حال، أي دون تعد ولا تفريط، أو يشترط الأمين على مالك المال عدم تضمينه وإن تعدى على المال المؤتمن عله وفرط في حفظه؟

وإذا قلنا أنه عند اختلاف مالك المال مع الأمين عليه، بأن يدعي مالك المال أن هلاك المال كان بتعدي الأمين، وينكر الأمين ذلك ويدعي أن هلاك المال لم يكن بتعديه، بل كان بسبب لا يد له فيه، كالقوة القاهرة وفعل الغير، فهل يجوز الاتفاق بالشرط بين مالك المال والأمين عليه بعقد من عقود الأمانة على أن البينة تكون على المدعى عليه، أي من يكون منهما في مركز المدعى عليه الذي يشهد له الأصل، والعرف، والظاهر، والكثير الغالب، وأنه لا يلزم المدعي، أي الذي تكون دعواه على خلاف الأصل أو العرف أو الظاهر، والكثير الغالب، إلا اليمين؟

الظاهر أن مثل هذه الشروط باطلة، لأنها تناقض أحكاماً شرعية تفيد القطع بأدلة لا تنحصر، ويعبر عن ذلك بأن هذه شروط تنافي مقتضى عقود الأمانة وما رتبه الشرع عليها من حقوق والتزامات، والقول بجواز مثل هذه الشروط يفرغ أحكام الشريعة من مضمونها، ليحل محلها اتفاقات المتعاقدين وشروطهم.

ولا خلاف عند علماء مقاصد الشريعة وأصول الفقه أن الحكم الشرعي بعد تحديد مناطه، أي علته وسببه، ثابت لا يتغير ولا يتبدل، وإنما يجوز الاجتهاد في تحقيق مناطه في الوقائع والنوازل التي ليس فيها نص حكم للشارع، وأنه قد يختلف المجتهدون في تحقيق هذا المناط، فإذا أناط الشارع وجوب القصاص بالقتل العمد العدوان فإن هذا الحكم ثابت لا يتغير ولا يتبدل، ولكن يجوز الاجتهاد في تحقيق هذا المناط، أي القتل العمد العدوان في وقائع القتل التي ليس فيها بعينها نص حكم للشارع، كالقتل بآلة معينة. وإذا ربط الشارع قبول الشهادة بالعدالة فإن هذا حكم ثابت لا يتغير ولا يتبدل، وإنما يجوز الاجتهاد في تحقيق وصف العدالة في الشهود. فيقبل قاض شهادة شاهد لتحقق معنى العدالة فيه عنده ويراه قاض



آخر غير عدل فيرد شهادته، فتحقق أوعدم تحقق العدالة في شخص معين مسألة واقع يختلف فيه المجتهدون أو القضاة، مع اتفاقهم على الحكم ومناطه، وهو أن العدالة مناط قبول الشهادة.

وفي موضوع ضمان الأمين هناك حكم شرعي، وهو وجوب الضمان، وهناك مناط، أي علة أو سبب لهذا الحكم، وهو التعدي أو التفريط، فالحكم أي وجوب الضمان بعد تحديد مناطه، وهو التعدي أو التفريط، لا يجوز الاتفاق بالشرط على خلافه أو تغييره أو تبديله، لأن ذلك نسخ ولا نسخ بعد اكتمال التتريل.

وكذلك إذا أوجب الشارع البينة على المدعي، فإن هذا حكم شرعي، هو وجوب البينة وقد أناطه الشارع وربطه بالمدعي، أي يكون الشخص مدعياً خلاف الظاهر فلا يجوز الاتفاق على ما يناقضه، لأن ما حكم الله به وقضى فهو ثابت باق لا يلحقه التغيير ولا التبديل، ولكن باب الاجتهاد في تحقيق مناطه في الوقائع الجديدة باق لا ينقطع إلى يوم القيامة، كما يقول الشاطبي ﷺ.

وقد بذل المجتهدون قصارى جهدهم في تحديد معنى المدعي والمدعى عليه ثم تركوا للقضاة والمفتين تحقيق ذلك المعنى في المتداعيين عند الخلاف بينهما، ولذلك فإنه يجوز لكل من مالك المال والأمين عليه الاتفاق بالشرط على تحقيق المناط مقدماً، أي الاتفاق على تعريف المدعي والمدعى عليه في عقد الأمانة والاختيار من بين تعريفات الفقهاء لكل منهما، كما أنه يجوز عند قيام الخلاف بين مالك المال والأمين عليه الاتفاقهما أو إقرار أحدهما بأنه في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر وأنه يلزمه الإثبات، أو في مركز المدعى عليه الذي لا يطلب منه غير اليمين، ولكن لا يجوز هذا الاتفاق بالشرط عند الدخول في عقد الأمانة وسوف نفصل القول في ذلك.

ولقد تواترت عبارات فقهاء المذاهب الأربعة على أن شرط تضمين الأمين دون تعد ولا تفريط شرط باطل، وعلى أن إعفاء الأمين من الضمان وإن تعدى على المال المؤتمن عليه وفرط في حفظه شرط باطل، لأن هذا الشرط يناقض حكم الشارع في عقود الأمانة، وهو ما يطلق عليه أحياناً مقتضى العقد، أي حكمه الأساس الذي قصده الشارع منه ورتبه عليه.

وإليك بعض هذه العبارات:

قال ابن عبد البر: وقال مالك في هذا الباب من (الموطا) في الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان؟ قال: لا يجوز لصاحب المال ان يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على ما لو اعطاه اياه على غير ضمان، وان تلف المال لم أر على الذي أخذه ضمانا لان شرط الضمان في القراض باطل.

قال ابو عمر السنة المجتمع عليها في القراض أن البراء في المال من رب المال وأن الربح بينهما على شرطهما وما خالف السنة فمردود اليها.

قال عمر بن الخطاب ﷺ (ردوا الجهالات إلى السنة). (الاستذكار - (7 / 17)



وجاء في الشرح الكبير للدردير:

فإن سماه بأن قال: اعمل فيه قراضا والربح لك فلا ضمان عليه ولو شرط عليه الضمان لكنه مع اشتراط الضمان يكون قراضا فاسدا (3 / 523)

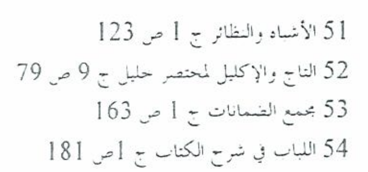
وجاء في الأشباه والنظائر: "والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية، ذكره الزيلعي في العارية وجزم به في الجوهرة و لم يقل: في رواية لكن نقل بعده فرع البزازية عن الينابيع ثم قال: وأما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال"[51]

وهناك روايات وأقوال وفتاوى في بعض هذه المذاهب تجيز شرط ضمان الأمين دون تعد ولا تقصير، بناء على المصلحة الراجحة أو الحاجة العامة أو بناء على عرف محلي في بلد الفقيه ومن هذه الآراء والروايات والأقوال ما جاء في ثنايا النصوص الفقهية التي قررت أصل عدم جواز اشتراط الضمان على الأمين وإليك بعض هذه النصوص والفتاوى.

ففي التاج والإكليل: جاء في المدونة (وَضَمِنَ الْمَغِيبُ عَلَيْهِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ) مِنْ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ ثَوْبٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْعُرُوضِ، فَإِنْ ادَّعَى الْمُسْتَعِيرُ أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ أَوْ سُرِقَ أَوْ تَحَرَّقَ أَوْ انْكَسَرَ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَعَلَيْهِ فِيمَا أَفْسَدَ فَسَادًا يَسِيرًا مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُ كُلَّهُ إلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّ ذَلِكَ هَلَكَ بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَلَا يَضْمَنُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُ تَضْيِيعٌ أَوْ تَفْرِيطٌ بَيِّنٌ فَيَضْمَنُ.[52]

وَقَالَ الْبَغْدَادِيُّ: واشتراط الضمان على المستعير باطل هذه في الكفالة من الهداية وقيل إذا شرط الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية ذكره الزيلعي وجزم به في الجوهرة و لم يقل في رواية لكن نقل بعده فرع البزازية عن الينابيع ثم قال أما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال ا هـ ولكن في البزازية قال أعربي هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن له فأعاره وضاع لم يضمن من العادة المطردة من الأشباه وفي المنتقى إذا قال لغيره أعربي ثوبك فأنا ضامن له فلا ضمان عليه وهذا الشرط باطل وكذا الحكم في سائر الأمانات نحو الودائع وغيرها[53] ا هـ

وقال عبد الغني الغنيمي: (والأجراء على ضربين) أي نوعين (أجير مشترك، وأجير خاص، فالمشترك من) يعمل لا لواحد، أو لواحد من غير توقيب، ومن أحكامه أنه (لا يستحق الأجرة حتى يعمل) المعقود عليه، وذلك (كالصباغ والقصار) ونحوهما (والمتاع أمانة في يده: إن هلك لم يضمن شيئاً، عند أبي حنيفة) وإن شرط عليه الضمان؛ لأن شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضية الشرع، فيكون باطلا كما في الذخيرة نقلا عن الطحاوي، وقالا (أبو يوسف ومحمد): يضمنه إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر، ونقل في التصحيح الإفتاء بقول الإمام عن عامة المعتبرات، وقال: واعتمده المحبوبي والنسفي، وبه جزم أصحاب المتون فكان هو المذهب، اهـ54



51 الأشباه والنظائر ج 1 ص 123

52 التاج والإكليل لمختصر خليل ج 9 ص 79

53 مجمع الضمانات ج 1 ص 163

54 اللباب في شرح الكتاب ج 1ص 181



وقال ابن رشد: إذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل.

وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل55.

وفي درر الحكام شرح مجلة الأحكام -

لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ وَلَوْ شُرِطَ الضَّمَانُ مَثَلًا لَوْ عُقِدَتْ الْعَارِيَّةُ عَلَى شَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَعِيرُ ضَامِنًا إذَا تَلِفَ الْمَالُ الْمُسْتَعَارُ فِي يَدِ الْمُسْتَعِيرِ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ فَلَا حُكْمَ لِهَذَا الشَّرْطِ وَلَا يَلْزَمُ الْمُسْتَعِيرَ ضَمَانٌ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلَفِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ. وَذَلِكَ كَاشْتِرَاطِ الضَّمَانِ فِي الرَّهْنِ فِي حَالِ التَّلَفِ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ اُنْظُرْ شَرْحَ الْمَادَّةِ (82) (الْبَحْرُ). اخْتِلَافُ الْفُقَهَاءِ فِي ضَمَانِ الْعَارِيَّةِ بِشَرْطِ الضَّمَانِ: لَقَدْ جَاءَ فِي (أَشْبَاهِ ابْنِ نُجَيْمٍ) عَنْ ذِكْرِهِ مَا يَتَفَرَّعُ عَلَى قَاعِدَةِ (الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ) (لَوْ اُشْتُرِطَ) ضَمَانُ الْعَارِيَّةِ إذَا تَلِفَتْ بِلَا تَعَدٍّ يَصِحُّ الشَّرْطُ الْمَذْكُورُ عَلَى رِوَايَةٍ نَقَلَهَا عَنْ (الزَّيْلَعِيِّ , وَالْجَوْهَرَةِ) وَلَكِنَّ الصَّحِيحَ وَالْمُفْتَى بِهِ كَمَا بَيَّنَهُ الْحَمَوِيُّ نَقْلًا عَنْ (قَاضِي خَانْ) هُوَ أَنَّ الشَّرْطَ الْمَذْكُورَ لَا حُكْمَ لَهُ وَبِمَا أَنَّ الْمَجَلَّةَ قَدْ ذَكَرَتْ عَدَمَ الضَّمَانِ مُطْلَقًا كَمَا مَرَّ آنِفًا وَبِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ.[56]

وفي حاشية الروض المربع: حكى الوزير وغيره اتفاقهم على أن الوديعة أمانة محضة، غير مضمونة، إلا بالتعدي، وأنه إذا أودعه على شرط الضمان لا يضمن بالشرط، وحكي إجماعًا، وما روي عن الحسن، حمل على ضمان التفريط.[57]

وقال ابن قدامة: فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه و سلم: [المسلمون على شروطهم][58]

يقول الشوكاني: في العارية والوديعة لا يضمن المستعير والوديع إلا لجناية منه أو تفريط فإذا أراد صاحبهما تضمينه ورضي لنفسه بذلك فمجرد هذا الرضا مسوغ للتضمين.[59]

وقوله: ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط وإذا ضمنوا ضمنوا لأنه قد اختاروا ذلك لأنفسهم والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد.[60]

---

55 بداية المجتهد ج 2 ص 238

56 درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج 2 ص 306

57 حاشية الروض المربع ج 5 ص 457

58 المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ج 6 ص 128

59 السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ج 1 ص 623

60 السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ج 1 ص 587





وهو رواية عن أحمد واختيار ابن تيمية، ذكر المرداوي: وعنه (أي أحمد): يضمن إن شرطه وإلا فلا اختاره أبو حفص العكبري والشيخ تقي الدين رحمه الله وصاحب الفائق.[61]

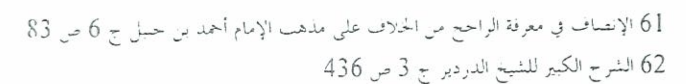
وفي الشرح الكبير للشيخ الدردير: (وهل) ضمان ما يغاب عليه (وإن شرط) المستعير (نفيه) عن نفسه لان الشرط يزيده تهمة ولانه من إسقاط حق قبل وجوبه فلا يعتبر أو لا يضمن لانه معروف من وجهين العارية معروف وإسقاط الضمان معروف آخر ولان المؤمن عند شرطه (تردد) في النقل عن المتقدمين (لا غيره) أي لا غير المغيب عليه فلا يضمنه المستعير (ولو بشرط) عليه من المعير وإذا لم يضمن الحيوان ضمن لجامه وسرجه ونحوهما وإنما جرى قول مرجح في العمل بالشرط فيما يغاب عليه دون غيره لان الشرط في الاول من المعروف دون الثاني.62

وفي فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: وَأَمَّا الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ وَهِيَ مَا إذَا شَرَطَ الْمُعِيرُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ فِي الْمُقَدِّمَاتِ. وَفِي سَمَاعِ أَشْهَبَ مِنْ كِتَابِ تَضْمِينِ الصُّنَّاعِ وَفِي سَمَاعِ أَصْبَغَ مِنْ كِتَابِ الْعَارِيَّةِ قَوْلُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ إنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ حَاشَا مُطَرِّفًا , فَإِنَّهُ قَالَ إنْ كَانَ شَرَطَ عَلَيْهِ لِأَمْرٍ خَافَهُ مِنْ طَرِيقٍ مَخُوفٍ , أَوْ نَهْرٍ , أَوْ لُصُوصٍ , أَوْ مَا أَشْبَهَهُ فَالشَّرْطُ لَازِمٌ إنْ عَطِبَتْ فِي الْأَمْرِ الَّذِي خَافَهُ وَاشْتَرَطَ الضَّمَانَ مِنْ أَجْلِهِ.(2 / 425)

وهذه الأقوال والروايات كلها في نظري لا تنهض دليلاً في مقابلة الأصول الشرعية الكلية التي لم تؤخذ من نص واحد ولا من دليل معين، بل أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، فهي أصول عامة أو قواعد كلية أو مقاصد شرعية لا تعارضها جزئيات الأدلة، فقد ردت عائشة ﵂ حديث أبي هريرة في أن الميت يعذب ببكاء أهله عليه بالأصل الكلي والمقصد الشرعي الثابت في قوله تعالى: "أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى، وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى" وقوله: "لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ" وقول النبي للأعرابي الذي دخل عليه مع ابنه "إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه"، وهذا كله يعبر عن المسئولية الشخصية وأن المكلف لا يؤخذ بعمل غيره، ولا ينفعه عمل غيره إذا كان مكلفاً بهذا العمل.

ويجب التنبيه في هذا الخصوص إلى أمور ثلاثة:

الأمر الأول: أن هذه الآراء وتلك الفتاوى الشاذة بجواز تضمين الأمين بالشرط دون تعد ولا تفريط، لا تتحدث عن نقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه فقط، بل إن أثر هذا الشرط عندهم، هو وجوب الحكم بالضمان على الأمين، دون أن يسمح له بإثبات أن المال المؤتمن عليه قد هلك حقيقة، وأن هلاكه لم يكن بسبب من جانبه، وبعبارة أخرى أن هذا الشرط عندهم ليس قرينة بسيطة يجوز للأمين إثبات عكسها، كالشأن في القرائن التي تنقل عبء الإثبات إلى الأمين، بل قرينة قاطعة على رضا الأمين بالضمان لا تقبل إثبات العكس، ومن المعلوم من الدين بالضرورة أن إرادة المكلف وحدها ليست كافية في الحل والتحريم، بل لا بد من موافقة حكم الشرع، فالعمل يصح ويترتب عليه أثره إذا تم



61 الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ج 6 ص 83
62 الشرح الكبير للشيخ الدردير ج 3 ص 436



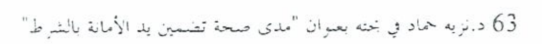
بإرادة صحيحة ووافق الشرع، فعقد القرض مع اشتراط الفائدة يتم برضا عاقديه المقرض والمقترض، ومع ذلك حرم قطعاً لمخالفته لحكم الشرع. فالإرادة لا تغير ولا تنسخ الأحكام الشرعية الثابتة بعد تحديد مناطاتها كما تقدم.

الأمر الثاني: أننا نوافق على اتفاق مالك المال والأمين عليه بالشرط فيما يتعلق بتطبيق هذه الأصول الشرعية وتحقيق مناطها في الأمناء، فيجوز النص في العقد على أنه إذا وجدت ظروف وأوضاع ووقائع معينة فإنها تعد ظاهراً ينقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه، أي الاتفاق بالشرط على أنها تعد تهمة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين، كما لو اتفق بالشرط على أن عبء الإثبات فيما يغاب عليه مثلاً يقع على عاتق الأمين إذا ادعى هلاك المال المؤتمن عليه بدون تعد ولا تفريط، أو على أن الأمين مسئول عن صحة البيانات والأرقام الواردة في دراسة الجدوى التي قدمها، وعن أنها أعدت حسب الأصول الفنية لإعداد دراسات الجدوى، وأنه إذا ادعى خلاف ما أظهرته هذه الدراسة فإن عليه هو أن يثبت السبب الأجنبي أو القوة القاهرة التي أدت إلى عدم تحقق نتائج دراسة الجدوى وإلا كان ضامناً.
ويدخل تحت ذلك أيضاً إذا اشترط رب المال على المضارب أن القيود المحاسبية للمضارب، ونتائج تقارير الرقابة والتدقيق الشرعي والمالي تعد حجة عليه تضعه في مركز المدعي إذا ادعى الهلاك والخسران، وتنقل إليه عبء الإثبات، فالاتفاق بالشرط هنا يعني أن هذه تكون قرائن وظواهر تشهد بصدق مالك المال في دعواه تعدي الأمين أو تفريطه، وتكذب الأمين في إنكاره، ودعواه أن الهلاك لم يكن بتعديه وتفريطه.
هذا كله ليس مخالفة لحكم شرعي، وليس اجتهاداً في مقابلة أصل ثابت، بل هو تطبيق لهذه الأحكام وتلك الأصول وتحقيق لمناطها في بعض النوازل والوقائع، والاجتهاد في تحقيق المناط كما يقول الشاطبي اجتهاد دائم ومستمر وباق إلى يوم القيامة لأن مضمونه تطبيق أحكام الشريعة وتحقيق مناطاتها في المكلفين وما يحدث لهم من نوازل وما يجد لهم من أحداث.

الأمر الثالث: أن أحكام عقود الأمانات قد جاءت محققة ومراعية لمصالح مالك المال والأمين عليه على أتم وجه وأكمله لا تحتاج إلى تعديل. ولدى مالك المال في المضاربة والمشاركة الوكالة في الاستثمار مثلاً الحق في تحديد الأنشطة التي يمارسها المضارب والشريكة المدير والوكيل في الاستثمار وتلك التي لا حق لهم في ممارستها، كما أن له أن يضع من القيود على تصرفات الأمين ما يراه محققاً لمصلحة المشروع في تقليل المخاطر وتعظيم الربح، وإذا كان مالك المال يرى أن تصرافات بعنها تثير شبهة تعدي الأمين، والخوف من تفريطه، فإن له أن ينظم هذه التصرفات على نحو يمنع الخوف ويزيل التهمة ويقلل بذلك من فرص الخيانة وله أن يمنع الأمين من هذه التصرفات بالمرة. وذلك على النحو التالي:

الرد على شبه القائلين بتضمين الأمين بالشرط:

اختار بعض الباحثين[63] أن شرط تضمين الأمين دون تعد منه ولا تقصير شرط صحيح يرتب الضمان على الأمين في جميع الحالات مثل ضمان الغاصب، ولا يسمح له بإثبات أن الهلاك لم يكن بتعديه على المال أو تقصيره في حفظه أو خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وقد برر اختياره هذا بعدة شبه نذكرها تباعاً ثم نرد على كل شبهة منها بإيجاز:



63 د.نزيه حماد في بحثه بعنوان "مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط"





<u>الشبهة الأولى:</u> أن القول بعدم تضمين الأمين في غير حالات التعدي والتفريط لا يدل عليه نص من كتاب أو سنة ولا إجماع، بل إن دليله هو استصحاب دليل البراءة الأصلية للأمين، وحيث كان مناط حل وحرمة الأموال هو التراضي لقوله تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ "[64] فإن شرط التضمين يكون صحيحاً لأنه يحقق هذا التراضي. **ويرد على ذلك بأن ضمان الأمين يحكمه أصلان شرعيان، وهما، وإن لم يؤخذا من نص واحد ولم يدل عليهما دليل معين، فقد دلت عليهما عدة نصوص وجملة أدلة شرعية تفيد في مجموعها القطع حتى صار كل منهما مقصداً شرعياً. أما الأصل الأول فهو أن "التعدي و مناط وجوب ضمان الأمين"، وأما الأصل الثاني فإنه عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه في التعدي وعدمه تكون "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وقد انعقد الإجماع على هذين الأصلين أو الحكمين، وإن وقع الخلاف في تحقيق مناطهما في الجزئيات والنوازل التي ليس فيها بعينها نص حكم شرعي.**

وأما أن المناط في حل الأموال وحرمتها هو الرضى وحده فمخالف لما انعقد عليه الإجماع من وجوب موافقة الشريعة، أو عدم مناقضتها، لقوله عليه الصلاة والسلام "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد" أي مردود على صاحبه، ذلك إرادة المكلف لا تستقل بالتشريع ولا تحلل الحرام ولا تحرم الحلال، وقد ثبت أن شرط الضمان يناقض هذين الأصلين مناقضة تامة، فالأمين لا يضمن إلا بالتعدي والشرط يناقض هذا ويوجب الضمان على الأمين دون تعد.

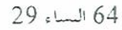
<u>الشبهة الثانية:</u> قال المثيرون لهذه الشبهة لو صح القول بأن شرط تضمين الأمين من غير تعد ولا تفريط يهدم أصلاً شرعياً أو يخالف نصاً ثابتاً في الكتاب أو السنة، لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يحكم بتضمين الأمين للتهمة وللمصلحة العامة والعرف والعادة وأمور أخرى تعد قرائن تكذب دعوى الأمين هلاك المال دون تعد منه ولا تفريط، ولما وقع خلاف بين المجتهدين في بعض الأيدي الأمينة حيث عاملها البعض معاملة يد الضمان.

ويرد على ذلك بأن هؤلاء الفقهاء لم يضمنوا الأمين بالتهمة وما ذكر معها مطلقاً أي في جميع الحالات ولم يعاملوا يده معاملة يد الضمان، بل نقلوا بهذه التهمة وما ذكر معها عبء الإثبات إلى الأمين، لأنه صار بالتهمة في مركز المدعي، لأن الظاهر مع وجود هذه التهمة يكذب دعواه هلاك المال دون تعديه فكان مدعياً ولزمته البينة، <u>وهناك فرق كبير بين معاملة يد الأمانة معاملة يد الضمان</u>، بحيث يكون ضمان الأمين لهلاك ما تحت يده في جميع الأحوال، <u>وبين نقل عبء الإثبات بالتهمة من مالك المال إلى الأمين عليه مع حق الأمين في أن يثبت عكس ما دلت عليه التهمة فيبرأ من الضمان</u>، بخلاف الغاصب فإنه لا يسمح له بإثبات أن هلاك المال المغصوب كان بسبب لا دخل له فيه كالقوة القاهرة أوفعل الغير.

أما الأيدي الأمينة التي ضمنها بعض الفقهاء، كيد المرتهن والمستعير والصانع، فإن هذا التضمين كان تطبيقاً لأصول شرعية أخرى غير التعدي كما تقدم، فالمرتهن يضمن هلاك المال المرهون عند الحنفية بناءً على أن الرهن استيفاء حكمي للدين، والمستعير يضمن عند القائلين بتضمينه من الفقهاء على أساس أن له وحده غنم المال المستعار، لأنه هو المستفيد منه فيجب أن يكون غرمه وضمانه ومخاطره عليه. وأما تضمين الصناع عند القائلين به، فهو تطبيق

---

64 النساء 29





صحيح للأصلين المشار إليهما، وهو أن التعدي هو مناط التضمين، وأنه عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه وهو الصانع فإنه يطبق الأصل الشرعي في الإثبات، وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وقد وأوا اجتهاداً منهم أن الصانع مدع، لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب في طائفة الصناع في زمن ضعف فيه سلطان الدين على نفوسهم وفشت فيهم الخيانة وانتشر الكذب. وقد قيل إن تضمينهم يحقق مصلحة عامة، وهي مصلحة أرباب السلع في مقابلة مصلحة خاصة هي مصلحة الصناع. غير أن هذه المصلحة لا تتحقق إذا أثبت الصانع أن هلاك المتاع لم يكن بتعديه، بل كان بسبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة وفعل الغير فيبرأ من الضمان.

أما بقية الفقهاء فإنهم يعاملون هذه الأيدي معاملة الأيدي الأمينة ويطبقون عليها حكمها فيقررون أن التعدي والتفريط هو مناط الضمان، وأنه يجب عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه الرجوع إلى تطبيق قاعدة الإثبات الشرعية وهي وأن على المدعي إقامة البينة، وأنه ليس على المدعى عليه المنكر إلا حلف اليمين.

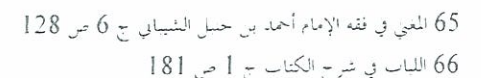
الشبهة الثالثة: يرى المتمسكون بهذه الشبهة إن تضمين الأمناء بالشرط دون تعد ولا تفريط تطبيق صحيح لقاعدة أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الصحة وقد قال به المحققون من العلماء، إلا ما أبطله الشرع، ولم يثبت في الشرع بطلان ذلك الشرط.

وقد تقدم الرد على ذلك بأن الشرع أبطل كل شرط يناقض أحكامه الثابتة، وقد ثبت أن التعدي هو مناط الضمان، مما يعني أنه لا ضمان دون تعد إلا أن يكون للضمان سبب آخر، كقاعدة الاستيفاء الحكمي أو قاعدة الغرم بالغنم، أو المصلحة العامة، فيصير الشرط مناقضاً لحكم الشرع، إذ الشارع يحكم أن مناط الضمان هو التعدي، وأن الحكم لا يوجد بدون مناطه وعلته، والمشترط يقول بوجوب ضمان الأمين دون وجود مناط الضمان وسببه وعلته. فوجد التناقض بين حكم الشارع وشرط العاقد فصح حكم الشارع وبطل شرط العاقد. لأن قصد المكلف في العمل يجب أن يوافق قصد الشارع في تشريع ذلك العمل، فإذا ناقض قصد المكلف قصد الشارع بطل قصد المكلف وصح قصد الشارع.

والواقع أن الشارع عندما يقصد ترتيب الضمان على التعدي، فإن هذا القصد يكون هو مقتضى عقد الأمانة وأثره الشرعي الذي رتبه الشارع عليه، فكل قصد يظهر للمكلف بالشرط على خلاف ذلك يكون مناقضة لقصد الشارع، ومنافياً لمقتضى العقد.

قال ابن قدامة: (لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه).[65]

وقال الغنيمي: شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضية الشرع، فيكون باطلا.[66]



65 المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ج 6 ص 128

66 اللباب في شرح الكتاب ج 1 ص 181





الشبهة الرابعة: استدل القائل بجواز شرط الضمان على الأمين بأن الرسول صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية يوم حنين دروعاً فقال له صفوان: أغصباً يا محمد؟ فقال صلى الله عليه وسلم، بل عارية مضمونة، وقد أخذوا من هذا الحديث جواز شرط الضمان على الأمين عموماً.

ويرد على ذلك القول بأن هذا الحديث يدل عند هؤلاء الفقهاء على جواز شرط ضمان العارية، على أساس قاعدة أخرى غير التعدي، فالمصلحة في العارية تعود إلى المستعير وحده، فكان الغنم له وحده، فوجب أن يكون الغرم والمخاطر والهلاك عليه.

وقد خالف في ذلك غيرهم وعاملوا العارية معاملة بقية عقود الأمانة وطبقوا عليها حكمها لوجود أدلة تعارض هذا الحديث.

الشبهة الخامسة: يقول المجيزون لشرط الضمان على الأمين إذا جاز تضمين الأمناء بالعرف، رغماً عنهم كان تضمينهم بالشرط أولى بالجواز، لأن الرضا بالتضمين من غير تعد ولا تفريط حاصل منهم بالشرط، أما العرف فقد كان مجرد قرينة على الرضا.

ويرد على ذلك بعدم التسليم بأن العرف يحول يد الأمانة إلى يد ضمان فإن معنى التضمين بالعرف هو نقل عبء الإثبات فقط، بحيث يكون الأمين في مركز المدعي الذي يلزمه إقامة الدليل على عدم التعدي، فالعرف قرينة على كذب دعوى الأمين أن الهلاك كان بدون تعديه، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس فيبرأ الأمين من الضمان، بخلاف ما نحن فيه من التضمين بالشرط فإن المقصود به ليس نقل عبء الإثبات فقط، بل معاملة يد الأمانة معاملة يد الضمان، أي أن الأمين بالشرط يضمن الهلاك والتلف في جميع الحالات حتى لو تمكن من إثبات أن الهلاك لم يكن بتعديه، بل كان بسبب لا يد له فيه. ولقد تقدم أن الرضا الصريح من خلال شرط الضمان على الأمين لا يجوز ويبطل الشرط والعقد لأنه شرط ينافي مقتضى عقد الأمانة، أو يبطل الشرط دون العقد على الخلاف المتقدم، وغاية ما يدل عليه العرف هو رضا الأمين بالضمان عندما يدخل في عقد الأمانة. والرضا لا يكفي إذا خالف حكم الشرع

الشبهة السادسة: قال صاحب هذا الرأي أنه إذا جاز عند المالكية اشتراط الضمان على الأمين بعد عقد الأمانة، فإنه يجوز اشتراطه في العقد إذ لا فرق، لان الأمين في الحالين يتبرع بالضمان والتبرع بالضمان جائز عنده.

والرد على ذلك أن هذا قياس مع الفارق فشرط الضمان في العقد نفسه يجعل الأمين ملتزماً بالضمان، أما إذا دخل في عقد الأمانة دون هذا الشرط، فإنه لا يكون ملزماً بالتبرع، فله أن يتبرع بعد ذلك وله أن يرفض التبرع، ومن جهة أخرى فإننا لا نوافق على جواز التبرع بالضمان بعد الدخول في عقد الأمانة، ونراه باطلاً كذلك فبطل القياس عليه، ثم إن هذا رأي انفرد به بعض المالكية وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء وسووا بين شرط الضمان في العقد وشرطه بعد العقد.



الشبهة السابعة: قال المجيز لشرط الضمان على الأمين إذا جاز تضمين الأمين بالتهمة، فإنه يجوز تضمينه بالشرط، ذلك أن التهمة تفيد رجحان الظن بتعدي الأمين وأنه كاذب في دعواه الهلاك دون تعديه، وهذا موجود في معظم حالات اشتراط الضمان.

والرد على ذلك أن التهمة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين ولا تحول يده إلى يد ضمان، كما يرى القائل بجواز شرط الضمان على الأمين، بالإضافة إلى وجود الفارق، وهو أن القول بجواز شرط التضمين لا يمنع أرباب الأموال من وضع هذا الشرط في جميع عقود الأمانة حتى بالنسبة لغير المتهمين، بل إنه لن يكون له جدوى إلى في حالة غير المتهم.

الشبهة الثامنة: قال من يجيز شرط الضمان على الأمين إن الذين ضمنوا الصناع دون تعد ولا تقصير مع أنهم من طبقة الأمناء احتجوا لذلك بأن هذا التضمين يحقق مصلحة عامة هي حفظ الأموال وسد ذريعة تضييع هذه الأموال، فكانت هذه المصلحة هي مناط الضمان وليس التعدي أو التفريط، وهذا يعني في نظر هذا الباحث أن تضمين الأمناء قد يكون للتعدي وقد يكون لحماية المصلحة ودفع المفسدة.
ثم بنى على ذلك أنه إذا كانت المصلحة وحدها توجب تضمين الأمين دون تعديه ودون رضاه، فإن شرط الضمان برضا الأمين أولى بوجوب التضمين.

ويرد على ذلك:

أولاً: بأن الذين قالوا بتضمين الصناع من غير تعد ولا تفريط بنوا هذا على أصلين شرعيين كما سبق، أولهما أن التعدي مناط الضمان، وثانيهما أنه عند الاختلاف بين صاحب المتاع والصانع تطبق قاعدة الإثبات الشرعية وهي تقضي بأن تكون البينة على المدعي واليمين على المنكر، وقد رأوا أن الصانع مدع تلزمه البينة لأن دعواه جاءت في نظرهم على خلاف الظاهر والكثير الغالب من أحوال طبقة الصناع عندما فشا فيهم الكذب وانتشرت بينهم الخيانة فكانت المصلحة هي في اعتبارهم مدعين، لأن في هذا حفظاً لأموال الناس فكان تضمينهم تطبيق لهذين الأصلين وتحقيق لمناطهما في الصناع وليس لمصلحة مجردة.

ثانياً: إن المقصودبتضمين الصناع هو نقل عبء الإثبات إليهم باعتبارهم مدعين، ولهم حق إثبات أن الهلاك كان لسبب أجنبي لا يد لهم فيه فيبرءون من الضمان، وأما الضمان بالشرط فإنه يقتضي تضمين الأمين دون تعد ولا تقصير في جميع الحالات حتى إذا أثبت أن هلاك ما تحت يده لم يكن بتعديه، أي تحويل يد الأمانة إلى يد ضمان، فالحمل أو القياس قياس مع الفارق، ذلك أن الذين ضمنوا الصناع من الفقهاء قصدوا أنهم مصدقون وأن القول قولهم في دعوى الهلاك دون تعديهم حتى يقيموا الدليل على العكس.

الشبهة التاسعة: قال القائلون بجواز شرط الضمان على الأمين أن الذين منعوا تضمين الأمناء بالشرط لجأوا إلى الحيل لتضمينهم لما رأوا أن تضمينهم يعد أمراً ضرورياً لحماية الأموال.

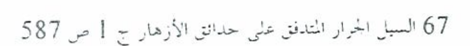
ويرد على ذلك بأن هذه الحيل، إن كانت محرمة فهي لا تجوز ولا تبرر التضمين بالشرط، وإن كانت جائزة كانت بديلاً مشروعاً لشرط الضمان غير المشروع.





ونختم هذا الفصل بقول سديد للشوكاني:

الأصل المعلوم بالشرع عصمة أموال العباد وأنها لا تحل إلا بوجه أوضح من شمس النهار فالحكم بالضمان على من لم يحكم عليه الشرع وهو من أكل أموال الناس بالباطل ومن الأمر بالمنكر ومن عكس ما جاءت به كليات الشريعة وجزئياتها[67].



67 السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ج 1 ص 587



الفصل الرابع :

تطبيق أحكام تضمين الأمناء على المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار

الفرع الأول : الصفة الشرعية لعقود المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار

عقد المضاربة أو المقارضة الشرعية يدخل في عقود الأمانة باتفاق الفقهاء، وهو عقد يتم بين من يقدم رأس مال مشروع معين أو نشاط خاص، ويسمى رب المال، ومن يقوم على استثماره، ويسمى المضارب، على أن يشتركا في الربح بنسبة شائعة معلومة لكل منهما، ومن ذلك يظهر أن المصلحة في عقد المضاربة مشتركة بين المضارب ورب المال، لأن كلاً منهما يستحق حصة معلومة من الربح ويساهم كل منهما في تحمل مخاطر الاستثمار، رب المال يخاطر برأس مال المضاربة والمضارب يخاطر بجهده وعمله وخبرته.

وإذا كان البنك هو رب المال وعميله هو المضارب فقد جرى العمل على أن يقوم المضارب، فرداً أو شركة بإعداد دراسة جدوى اقتصادية لنشاط معين، أو مشروع خاص، ثم يعرض هذا المشروع على بنك أو مؤسسة مالية لتمويله بعقد مضاربة.

وقد يوجه المضارب إيجابا عاما للجمهور، أو لبعض المؤسسات المالية أو الأفراد لتمويل هذا النشاط، أو ذلك المشروع باعتبارهم رب المال في عقد المضاربة، ويأخذ هذا الإيجاب شكل نشرة إصدار صكوك تعرف بالمشروع أو النشاط، وتحدد رأس المال المطلوب، وطريقة إدارته، وأرباحه المتوقعة، وحصة أصحاب رأس المال في هذه الأرباح وغير ذلك من البيانات اللازمة لصحة عقد المضاربة، ويشير هذا العقد أو تلك النشرة إلى أن دراسة الجدوى قد أعدت وفق الأصول الفنية المرعية، واعتمدت على دراسة سوقية صحيحة.

وفي حالة إصدار صكوك المضاربة يقسم رأس المال المطلوب للمشروع إلى حصص أو وحدات نقدية، وتطرح شهادات أو صكوك يمثل كل صك منها وحدة من هذه الوحدات المالية، وكل من يسهم في رأسمال المضاربة بمبلغ من النقود يحتفظ بصك أو أكثر من هذه الصكوك باعتبار الصك يمثل حصة شائعة في رأس المال ثم في موجودات المشروع بعد إنشائه. فالملكية لا تنصب على الصك نفسه بل على ما يمثله الصك من حصة مالية في المشروع، فهو دليل الحق ووثيقة إثباته، يقوم تسليمه مقام قبض الحصة الشائعة في المشروع عند التصرف فيها.

وقد تحتوي صكوك المضاربة خلاصة لنشرة الإصدار التي تتضمن أركان عقد المضاربة الشرعية والشروط اللازمة لصحته، وتحيل في التفصيل لنشرة الإصدار ودراسة الجدوى، وهذه الوثائق كلها تكون عناصر الإيجاب اللازم لعقد المضاربة، ويفترض فيمن يكتتب في تمويل هذا المشروع بشراء هذه الصكوك أنه اطلع على هذا الإيجاب وأنه رضي به.

وتبقى مسؤولية المضارب قائمة عن صحة ما ورد في نشرة الإصدار وصكوك المضاربة من بيانات، وعن سلامة دراسة الجدوى التي أعدت للمشروع، بحيث يلزمه الضمان إذا تبين عدم صحة البيانات المقدمة أو عدم الالتزام بالأسس الفنية في دراسة الجدوى أو عدم تحقق النتائج والأرقام التي تضمنتها، ما لم يثبت أن عدم تحقيق أرقام ونتائج هذه الدراسة





كان لأسباب لا يد له فيها ولا قدرة له على توقعها أو توقيها أو تلافي آثارها. وقد يعهد المضارب إلى غيره بإعداد الدراسة المطلوبة وإدارة عملية الإصدار لحسابه في مقابل أجر معين، ولكن هذا لا يعفيه من الضمان.

وواضح في هذا التطبيق الجديد لعقد المضاربة أن أطراف عقد المضاربة لا يجتمعون في مكان واحد أو في مجلس عقد واحد، بحيث يمارسون المساومة في شروط عقد المضاربة ونوع النشاط وطبيعة المشروع وسلطات المضارب، وحصته من الربح وغير ذلك مما يتضمنه عقد المضاربة، بل وقد لا يعرف بعضهم بعضا على الرغم من أنهم شركاء في المشروع أو النشاط محل عقد المضاربة، كما أن حملة صكوك المضاربة باعتبارهم أرباب المال قد يتغيرون من وقت لآخر نتيجة تداول هذه الصكوك في سوق الأوراق المالية. ويمكن تشبيه عقد المضاربة في صورته الحديثة التي تقوم على صدور الإيجاب بشروطه وحدوده من المضارب، بحيث لا يتاح لأرباب المال فرصة مناقشة بنود العقد وشروطه، بعقود الإذعان في القانون ؛ إذ إن رب المال في هذه الصورة لا يملك إلا القبول أو الرفض، وهو إن قبل فإنما يقبل بناء على معلومات وبيانات لا يتيسر له التحقق من صحتها في الكثير الغالب من الحالات، ولذلك قلنا إن المضارب مسؤول عن صحة هذه البيانات والمعلومات التي تضمنتها دراسة الجدوى وعن تحقق نتائج هذه الدراسة.

وحصيلة صكوك المضاربة بعد بيعها تمثل رأس مال المضاربة، وهو مملوك لحملة هذه الصكوك، ويد مدير المشروع (المضارب) عليها يد أمانة، وعند بدء التشغيل وتحويل النقود إلى سلع ومعدات ومبان تنتقل ملكية حملة الصكوك إلى هذه السلع والمعدات باعتبارها مكونات المشروع.

أولاً : ضمان المضارب :

المضارب يتلقى رأس مال المضاربة ويضع يده عليه ويعمل فيه بإذن رب المال، فيده على رأس مال المضاربة وموجوداتها إذن يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي على هذه الموجودات أو التفريط في حفظها أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، فمناط ضمانه وفقاً للقاعدة العامة في ضمان الأمناء هو التعدي أو التفريط، وعند الاختلاف مع رب المال في واقعة التعدي أو التفريط يطبق الأصل الشرعي في الإثبات وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، أي على المدعى عليه، والمضارب لا يملك المشروع إلا بقدر ما يشارك فيه بماله، ولكنه يديره لحساب مالكيه، وهو يديره وفق أحكام المضاربة الشرعية، وعلى أساس الشروط التي تضمنها عقد المضاربة ونشرة الإصدار ودراسة الجدوى، التي على أساسها تم الدخول في المضاربة أو الاكتتاب في صكوكها.

والمضارب قد يكون فردا وقد يكون شركة، وقد يكون مؤسسة مالية كالبنوك وشركات الاستثمار، والمضارب في جميع هذه الأحوال هو صاحب قرار الاستثمار لا يشاركه فيه أرباب المال، ولا يقيده في إصداره إلا أحكام المضاربة الشرعية والشروط التي تضمنتها دراسة الجدوى ونشرة الإصدار، وهذا هو مقتضى عقد المضاربة وحكمها الأساسي الذي يفرق بين المضارب ووكيل الاستثمار من جهة، وبينه وبين الشريك المدير من جهة أخرى، ولا يجوز الاتفاق على عكسه بأن يقيد المضارب في اتخاذ القرار الاستثماري باستشارة رب المال، أو العمل بتوجيهاته في هذا القرار.

وقد تكفلت قواعد الشريعة بحماية رب المال بصورة جمعت بين المصالح المتعارضة، فالمضارب أولا يلتزم في إدارة المشروع الذي يستثمر فيه رأس المال بأحكام الشريعة التي تمنعه من كل صور التعدي: التي تؤدي إلى الإضرار بمصالح رب



المال، وهو مسؤول عن تعويض رب المال إذا ارتكب فعلا من أفعال التعدي باتفاق الفقهاء، كما أنه مكلف في إدارته للمشروع وفي إصدار القرارات الاستثمارية بشأنه باتباع السلوك العادي لمن يستثمر أموال غيره، وتحري الحيطة والحذر المتوقع من أمثاله من أهل الخبرة في هذا المجال. وهو إن فرط أو أخطأ أو قصر ولو بدون قصد، في هذه الإدارة أو في اتخاذ قرار استثماري معين ترتب عليه لحوق الضرر بالمشروع كان مسؤولاً، أي ضامنا لكل هلاك أو خسارة تلحق المشروع، أو ربح يفوت على رب المال، ولو لم يكن قاصدا لوقوع هذا الضرر، لا فرق في ذلك بين التعدي والتقصير. ولم يشاركني كثير من الباحثين في ضمان الربح المتحقق أو المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى في حالات تعدي المضارب أو تفريطه، وسوف أذكر حجتي في ضمان هذا الربح وأذكر نصوص المالكية في هذا الخصوص.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن للمضاربة أحكاما شرعية فصلتها كتب الفقه، وهي قيود والتزامات فرضها الشارع على المضارب في عقوده وتصرفاته وإدارته للمشروع، فهناك نشاط لا يملك المضارب الدخول فيه، وعقود لا يستطيع إبرامها، وتصرفات لا يحل له القيام بها دون إذن رب المال، وهي في مجموعها حماية كافية لرب المال.

ولكن الشريعة الإسلامية لم تكتف بذلك، بل أجازت لرب المال أن يضع قيودا، وأن يفرض واجبات على المضارب في عمله، وأن يمنعه من أنشطة معينة، وأن يضمن عقد المضاربة أو نشرة إصدارها توجيهات ملزمة للمضارب، كل ذلك بشرط واحد هو ألا تصل هذه القيود وتلك الشروط والتوجيهات إلى الحد الذي يضيق على المضارب ويكبله في اختيار القرار الاستثماري المناسب، ويمنع الاستفادة منه كخبير استثمار.

ومن الملاحظ في عقود المضاربة في البنوك الإسلامية أن بعض هذه البنوك باعتبارها رب مال لا تولي هذا الأمر العناية اللازمة، مما سبب لها أضرارا بالغة وصرفها عن تمويل المشروعات بهذه الصيغة، فبعض هذه البنوك ليس لديها خبراء استثمار على المستوى المطلوب لدراسة وتقويم جدوى المشروعات المطلوب تمويلها، كما أنه ليس لديها خبراء في صياغة عقود المضاربة وتحليل مخاطرها في كل نشاط أو مشروع على حدة، بحيث تتضمن هذه العقود الشروط التي تقلل هذه المخاطر توجه المضارب وتحمي مصالح البنك.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن المضارب يضمن رأس مال المضاربة في حالات التعدي على موجودات المضاربة أو التفريط في حفظها أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، والخلاف إنما هو في ضمان الربح المتحقق فعلاً أو المتوقع في دراسة الجدوى فالمضارب يضمن إذا خرج على حكم من أحكام عقد المضاربة، التي فصلتها الشريعة، بأن أتي تصرفا أو أبرم عقداً أو اتفاقا لا يجيزه الشرع، أو وقع منه تعد، بأن صدر عنه فعل ترتب عليه هلاك المال موجودات المضاربة، أو تلفه أو نتجت عنه خسارة أو ضاع بسببه ربح متحقق، أو سلك في إدارته للمشروع سلوكا يتسم بالتقصير ويوصف بالخطأ الذي لا يتوقع من خبراء الاستثمار أمثاله، نتيجة إهمال وعدم اكتراث، ولو لم يقصد أو يتوقع ترتب الضرر عليه، أو خالف في إدارته للمشروع شرطا أو قيدا أو توجيها تضمنه عقد المضاربة، أو تضمنته دراسة الجدوى أو نشرة إصدار صكوكها.

ودليلنا على ضمان الربح المتوقع أن المضارب بالمخالفة يصير ضامناً لرأس المال، أي غاصباً، والغاصب يضمن منافع المغصوب، فمن غصب أرضاً ضمن أجرتها ولو لم يزرعها، ومن غصب داراً غرم أجرتها ولو لم يسكنها ومن غصب دابة





غرمه أجرتها ولو لم يركبها، فكذلك من يغصب رأس مال أعد للتجارة والاستثمار فإنه يغرم ربح مثله ولو لم يثمر هذا المال على اعتبار أن المال المخصص للاستثمار يعامل معاملة الأصول، كالأراضي والدور والدواب وقد وجدت هذا القول في بعض حواشي كتب المتأخرين من الحنابلة.

أما الربح المتحقق فهو مضمون على المضارب المتعدي عند المالكية الذين يقررون أن كل من أخذ مال الغير لتنميته بحصة من ربحه فيتعدى عليه فإنه يضمن مع الخسارة، حصة رب المال في الربح المتفق عليه ولا يستقل هو بالربح إن وجد.

جاء في مواهب الجليل "وضمن –المضارب- إن خالف... والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى، يعني أن العامل إذا تعدى وقلنا: إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا يختص بالربح ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطا، قال في التوضيح، لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنه لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح، ولهذا قلنا إن كل من أخذ مالاً لتنميته (دون أن يكون له حصة شائعة في ربحه) فتعدى فيه كالوكيل فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على ما شرطا، وكل من أخذ مالاً على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع. وذهب البعض إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة، لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكاً للربح"(7 / 455 و 456)

وفي الذخيرة للقرافي: قال: إذا قلنا يرد الغلة إذا غصب دراهم أو دنانير فربح فيها فثلاثة أقوال قال مالك وابن القاسم: لا شيء لك إلا رأس المال لتقرر الضمان عليه بالتصرف استنفقها أو تجر فيها وعن ابن حبيب: إن تجر فيها موسراً فله الربح لقبول ذمته للضمان أو معسراً فلك لعدم قبولها في الولي يتجر في مال يتيمه وعن ابن سحنون: لك ما كنت تتجر فيها أن لو كانت في يديك قال: وأستحسن أن تقسم المسألة أربعة أقسام: إن كنت لا تتجر فيها لو كانت في يديك ولم يتجر فيها الغاصب بل قضاها في دين أو أنفقها فرأس المال لعدم تعيين تضييع ربح عليك وإن كنت تتجر فيها ولم يتجر الغاصب: فلك ما كنت تربحه في تلك المدة لأنه حرمك إياه كما إذا أغلق الدار إلا أن يعلم أن التجارة في تلك المدة كانت غير مربحة وإن كنت لا تتجر فيها وتجر فيها الغاصب وهو موسر بغيرها ولم يعامل لأجلها فالربح له لتقررها في ذمته بالتصرف وإن كان فقيراً عومل لأجلها فالربح لك لقوة شبهة تحصيل ملك للربح كالولد في الحيوان وإن كنت تتجر فيها – وهو فقير – فعليه الأكثر مما ربح أو ما كنت تربحه. (الذخيرة – (8 / 317)

وقد خالف الحنفية في ذلك وقالوا بأن المضارب إذا تعدى فإنه يضمن الخسارة ولكنه لا يضمن حصة رب المال في الربح، ولا أظن أحداً يخالفهم في الربح المتحقق، ذلك أن المضارب يضمن موجودات المضاربة بقيمتها وفيها الأرباح المتراكمة.

ويمكن لحملة صكوك المضاربة أن يختاروا من بينهم مجلسا لمراقبة المشروع ومتابعة إدارته والتأكد من التزام المضارب لأحكام الشريعة وشروط عقد المضاربة، واتخاذ الإجراءات المناسبة لحماية حقوق حملة صكوك المضاربة باعتبارهم أرباب مال، فهذا المجلس يمثل أرباب المال وينوب عنهم ويدافع عن حقوقهم، ومهمته هي التأكد من تنفيذ المضارب لشروط عقد المضاربة وليس إدارة المشروع أو المشاركة في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه، إذ إن ذلك ينافي



مقتضى عقد المضاربة كما سبق بيانه، كما أن لحملة صكوك المضاربة أن يعهدوا بهذه المهمة لجهة أو هيئة معينة تقوم بهذه المهمة في مقابل أجر كمكاتب المحاسبة، والشركات الاستشارية، وذلك كله زيادة على قيام أجهزة الدولة بالرقابة على جدية المشروع محل عقد المضاربةونزاهة القائمين عليه. وجدواه الاقتصادية، وسلامة إجراءات الاكتتاب فيه، وحسن إدارته، حماية لمصالح الجمهور، وحفاظا على المصالح الاقتصادية للمجتمع.

وهناك قضية هامة ينبغي الإشارة إليها، وهي إثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة - من جانب المضارب - وقد سلك فيها المالكية مسلكا خاصا يحمي مصالح أرباب المال، فدعوى الهلاك أو التلف أو الخسران لمال المضاربة لا تقبل من المضارب إذا كانت هناك قرائن تكذبها وتضعه في مركز المدعي، ويحكم بضمانه لما ادعى هلاكه أو تلفه. أما في دعوى الخسارة فإنهم يتشددون مع المضارب حماية لرب المال ؛ فدعواه الخسارة لا تقبل إلا بشرطين: **أحدهما** أن يحلف اليمين على أنه قد خسر بسبب لا يد له فيه، **وثانيهما**: ألا توجد قرائن تكذب هذه الدعوى وتضعه في مركز المدعي الذي تلزمه البينة على هذه الخسارة بسبب لا يد له فيه، وهذا. وقد بينا هذه القرائن التي تكذب دعوى الأمين الهلاك أو الخسارة وتضعه في مركز المدعي، ويلزم هو بإقامة الدليل على عدم تعديه وإلا ضمن.

ولا شك أن دراسة الجدوى المقدمة من المضارب، والدراسة السوقية التي بنيت عليها والتي، تتضمن الربح المتوقع من المشروع، تعد قرينة قوية على كذب دعوى الخسارة المجردة عن الدليل، وتضع المضارب في مركز المدعي، وهنا يحكم عليه بضمان الربح المعلن في دراسة الجدوى حتى يقدم هو الدليل على الخسارة التي يدعيها، ويثبت أن ما ورد في الدراسة لم يتحقق لسبب لا يد له فيه، ولظروف طارئة لم يكن من الممكن توقعها أو قياس نتائجها. وقد مثل المالكية للقرينة بقولهم: (بأن سأل رب المال تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا أولا، فأجابوا بعدم الخسارة).

جاء في الشرح الكبير للدردير: "والقول للعامل في دعوى تلفه كله أو بعضه، لأن ربه رضيه أمينا، وإن لم يكن أمينا في الواقع، وهذا إذا لم تقم قرينة على كذبه وإلا ضمن، وفي دعوى خسره بيمين ولو غير متهم على المشهور إلا لقرينة تكذبه. فيغرم بمجرد نكوله، لأنها دعوى اتهام (الشرح الكبير للدردير 3: 536).

هذه هي حدود مسؤولية المضارب القائم على إدارة مشروع أو نشاط المضاربة، وتلك هي أسباب ضمانه لهلاك رأسمال المشروع أو موجوداته أو خسارته. وفي خارج هذه الحدود لا يحكم على المضارب بالضمان باتفاق الفقهاء، لأنه يكون في مركز المدعى عليه الذي لا يلزمه إلا اليمين، وهذا هو العدل الذي جاءت به الشريعة، فالمضارب قد دخل في شركة مع رب المال، وكانت حصته في هذه الشركة عمله وعلمه وخبرته، وكانت حصة رب المال هي رأسماله، وقد اتفقا على توزيع الربح الناتج عن المضاربة على أساس مساهمة كل حصة في إنتاج هذا الربح، أي العمل ورأس المال على نحو استقلا بتقديره دون قيود من الشارع، ثم قررت الشريعة أن كلا من المضارب ورب المال مسؤول في حدود حصته دون زيادة، فرب المال يسأل في حدود حصته، فلا يخسر أزيد من رأسماله، والمضارب يسأل في حدود حصته، فلا يخسر إلا جهده وخبرته. فإذا حدث هلاك أو خسارة لا يد للمضارب فيها فليس من العدل أن يتحمل وحده تبعة هذا الهلاك، أو تلك الخسارة. أما إذا تعدى أو فرط أو خالف حكما من أحكام العقد أو شرطا من شروطه فإنه يسأل عن ذلك، ويضمن رأس المال والربح المتحقق أو المتوقع على النحو السابق، باعتبار ذلك جزاء عمله غير المشروع الذي أدى إلى الهلاك أو الخسارة. وقد رأينا أن المالكية يعتبرون القرائن التي تشهد لرب المال وتكذب دعوى الأمين عليه عدم التعدي



ويعدونها ظاهراً يؤيد دعوى مالك المال ويضعه في مركز المدعى عليه ويحكمون بتضمين الأمين، عند قيام هذه القرائن.ما لم يدفعها الأمين بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي كما تقدم.

ثانياً : الوكالة في الاستثمار وصكوكها

ما ذكرناه في عقد المضاربة وفي صكوكها يقال مثله في عقد الوكالة في الاستثمار وصكوكها إلا في الأمور التالية:

الأمر الأول: أن الوكيل يستحق أجرة معلومة يدفعها الموكل، وهي مضمونة على الموكل ولو لم تحقق الوكالة أرباحاً، بل ولو حقق المشروع أو النشاط خسارة، وقد يستحق الوكيل في الاستثمار مع الأجرة المعلومة حافزاً، هو ما زاد من الربح عن حد معين، وغالباً ما تتضمن عقود الوكالة في الاستثمار وصكوكها ونظام صناديق الاستثمار التي تدار على أساس الوكالة شرط الحافز، وقد عرفنا أن المضارب لا يستحق إلا حصة شائعة معلومة في الربح، فإذا لم تحقق المضاربة ربحاً فلا شيء للمضارب، وواضح أن هذا الربح غير مضمون على رب المال، وقد يتضمن عقد المضاربة حافزاً يستحقه المضارب زيادة على حصته في الربح.

الأمر الثاني: في حين أن مقتضى عقد المضاربة هو استقلال المضارب بإدارة المضاربة واتخاذ القرارات الاستثمارية دون تدخل رب المال وإلا فسدت، فإن الوكالة في الاستثمار تقتضي خضوع الوكيل لتعليمات الموكل الدائمة، ومن ثم فإن للموكل حق التدخل في إدارة المشروع وإصدار تعليمات للوكيل واجبة النفاذ وإلا كان الوكيل مخالفاً، وضمن ما يترتب على هذه المخالفة من أضرار.

وغني عن البيان أن تعدي الوكيل يخضع لنفس الأصلين الشرعيين السابق الإشارة إليهما، الأصل الذي يتعلق بموضوع الضمان، وهو أن مناط الضمان هو التعدي أو التفريط، وثانيهما يتعلق بموضوع الإثبات، فعند الاختلاف بين الوكيل في الاستثمار والموكل في واقعة التعدي أو التفريط فإن البينة تكون على من يكون منهما في مركز المدعي، ولا يكون على الآخر إلا حلف اليمين، وأن القرائن على كذب الوكيل تضعه في مركز المدعي وتنقل إليه عبء الإثبات كالشأن في المضارب.

ثالثاً : الشريك المدير وصكوك المشاركة :

المشاركة هي عقد بين شخصين أو أكثر يسهم كل منهما في رأس مال المشاركة المستثمر بحصة نقدية أوعينية، على أن يشتركا في تحمل مخاطر هذا الاستثمار وخسارته بنسبة حصة كل منهما، ويقتسمان الربح حسب الاتفاق، وغالباً ما يفوض البنك شريكة في إدارة المشاركة مقابل زيادة في حصته من الربح دون أجر محدد، ويتضمن عقد المشاركة أو نشرة إصدارها تحديد رأس مال المشاركة ومساهمة كل من الشريكين فيه، ومدتها وحصة كل منهما في ربحها.



وما قيل في المضاربة وصكوكها يقال مثله في عقد المشاركة وصكوكها مع ملاحظة الأمرين التاليين:

أولهما: أن حق إدارة المشاركة يثبت للشريكين أو الشركاء، ما لم يفوض أحد الشركاء في الإدارة فيكون شريكاً مديراً تطبق عليه قواعد ضمان التعدي والإثبات السابق الإشارة إليها في المضارب ووكيل الاستثمار في حين أن المضارب يستقل بإدارة المضاربة كما بقدم.

ثانيهما: أن الراجح الذي يجري عليه العمل في البنوك الإسلامية هو أن ربح المشاركة يوزع حسب اتفاق الشركاء وأما الخسارة فعلى قدر المالين، في حين أن الخسارة يتحملها رب المال في المضاربة ما لم تقم تهمة على كذب المضارب تنقل إليه عبء إثبات عدم التعدي، فيعجز عن هذا الإثبات فيضمن الخسارة وأما وكيل الاستثمار فهو لا يضمن الخسارة بل يتحملها الموكل ما لم يتعد الوكيل أو يفرط.





خلاصة أحكام ضمان المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار ونقل عبء الإثبات إليه:

ويجب التأكيد على الأمور التالية:

أولاً:

يترتب على اعتبار كل من المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار أميناً أنه يعامل معاملة بقية الأمناء فيطبق عليه الأصل الشرعي في وجوب الضمان على الأمين، وهو أن التعدي أو التفريط هو مناط الضمان، والأصل الشرعي في الإثبات، وهو أنه عند الاختلاف بين رب المال والمضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار فإن البينة تكون على من كان منهم في مركز المدعي،ولا يلزم من يكون منهم في مركز المدعى عليه غير اليمين. وقد تقدم تعريف كل من المدعي والمدعى عليه ودور القرائن في نقل عبء الإثبات إلى الأمين.

ثانياً:

هناك اتفاق بين الفقهاء على أن يد المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار يد أمانة، وعلى أن مناط ضمانها هو التعدي أو التفريط، وليست يد ضمان كالغاصب، بحيث يضمن كل منهم رأس مال المضاربة أو الشاركة أو الوكالة وموجوداها في كل حال.

ثالثاً:

لا يقاس المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار على المستعير والمرتهن، والقابض على سوم الشراء في وجوب ضمان ما يهلك تحت أيديهم على كل حال كالغاصب والسارق، أي ولو أثبت كل منهم أن هلاك المال لم يكن بتعديه أوتفريطه كما ذهب بعض الباحثين. حتى في حالات وجود تهمة تكذب دعواهم هلاك موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة دون تعديهم أو تفريطهم، لأن غاية ما تفيده هذه التهمة هو وضعهم في مركز المدعي وتكليفهم بإثبات عدم تعديهم، فإن نجحوا في ذلك لم يلزمهم ضمان. ذلك أن ضمان المستعير والمرتهن والقابض على سوم الشراء لم يكن بسبب تعديهم، بل بسبب تطبيق قواعد أخرى لضمانهم عند هولاء كقاعدة الغنم بالغرم والاسيفاء الحكمي كما تقدم.

رابعاً:

يمكن قياس المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار على الصانع على رأي القائلين بأن الصانع يضمن ما يهلك تحت يده ما لم يثبت أن هلاكه كان بدون تعديه، حماية لمصلحة عامة، هي مصلحة أرباب السلع، في مقابلة مصلحة خاصة، هي مصلحة الصناع، إذا تحقق مناط هذه المصلحة في تضمين المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار، حماية لمصلحة أرباب المال والموكلون وشركاء الشريك المدير، ويقوي هذا القياس أن الصانع يشترك مع المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار في أن كلاً منهم يضع يده على المال لمصلحة مشتركة بينه وبين مالك المال على رأي القائلين بأن لمصلحة الحائز تأثيرا في وجوب الضمان غير أننا نقصر الحكم على نقل عبء الإثبات.





خامساً:

تطبق القرائن التي تقوي دعوى مالك المال وتضعه في مركز المدعى عليه وتكذب دعوى الأمين عدم التعدي، وتضعه في مركز المدعي وتنقل إليه غبء الإثبات على كل من المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار، ومن هذه القرائن:

1. **التهمة:** ويدخل تحتها طبيعة رأس المال وموجودات المضاربة والمشاركة والوكالة وكونها مما يغاب عليه ويسهل إخفاؤه ويتعذر على رب المال إثبات تعدي الأمين عليه، فإن ذلك يؤرث تهمة تضع المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار في مركز المدعي و تنقل إليه عبء إثبات عدم تعديه على موجودات المضاربة والمشاركة والوكالة، وأن هلاك هذه الموجودات أو تلفها أو خسارتها كان بسبب لا يد له فيه، ولا قدرة له على توقعه أو توقيه أو تلافي آثاره.

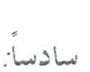
2. **دراسة الجدوى:** بيانات دراسة الجدوى والدراسة السوقية المقدمة من المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار تعد قرينة تكذب دعواهم أن هلاك هذه الموجودات أو تلفها أو خسارتها كان دون تعد منهم ولا تفريط، إذا كانت هذه الدعوى على خلاف نتائج هذه الدراسة والأرباح التي توقعتها، وتنقل إليهم عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية وأن الخسارة كانت بسبب لا يد لهم فيه، ولا قدرة لهم على توقعه أو توقيه أو تلافي آثاره وإلا لزمهم الضمان.

3. **الحسابات المستقلة:** التي يلتزم المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار بفتحها لدى رب المال، تعد قرينة على كذب دعوى المضارب ومن معه أن أنشطة المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار قد حققت خسارة على خلاف ما تظهره هذه الحسابات.

4. **تقارير التدقيق المالي والشرعي الداخلي والخارجي:** تعد تهمة تكذب دعوى المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار أن المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار حققت خسائر على خلاف نتائج هذا التدقيق، وتلقي عليهم عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط وأن الخسارة كانت لأسباب لا يد لهم فيها ولا قدرة لهم على توقعها أو توقيها أو تلافي آثارها.

5. **تقارير أجهزة الرقابة كالبنك المركزي وديوان المحاسبة:** وغيرها تعد تهمة تكذب دعوى المضارب ومن ذكر معه هلاك موجودات المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار أو خسارتها دون تعديه أو تفريطه أو خطئه وتضعه في مركز المدعي الذي تلزمه البينة على أن الهلاك أو الخسران الذي ادعاه كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو توقيه أوتلافي آثاره.





سادساً:

لقد قضى بعض الفقهاء بنقل عبء الإثبات إلى الصانع والأجير المشترك وغيرهم من الأجراء الذين يعملون للعامة، فحكمو بأنهم ضامنون لما يهلك تحت أيديهم حتى يثبتوا أن هذا الهلاك لم يكن بتعديهم ولا تفريطهم، وذلك حماية لمصلحة حفظ المال، وقالو أن هذه المصلحة مصلحة عامة لأصحاب السلع في مقابلة مصلحة خاصة للصناع، والشارع يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. ويمكن تطبيق هذا على المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار دون حاجة إلى إعمال القياس إذا تعين نقل عبء الإثبات إليهم حماية لمصلحة عامة أرباب المال.

سابعاً:

لا نوافق على تضمين المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار بالشرط، بحيث يضمن كل منهم موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار مطلقاً، أي في جميع الحالات، ولا يسمح لأي منهم بإثبات أن هلاك هذه الموجودات أو خسارتها لم يكن بتعديه أو تفريطه، لما ذكرنا من أن هذا الشرط يصادم الأصول الشرعية القطعية وينافي مقتضى عقد المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار، وقدذكرنا أن دور الشرط مقصور على تحديد معنى المدعي والمدعى عليه، والقرائن والظواهر التي تضع هؤلاء في مركز المدعي وتلزم كل منهم بإقامة الدليل على عدم التعدي، وذلك مثل النص على أن دراسة الجدوى تعد ظاهراً يكذب دعوى المضارب ومن معه أن الهلاك والخسران لم يكن بتعديه ولا تفريطه.

ثامناً: *الفعل الموجب للضمان:*

مناط ضمان المضارب ومن ذكر معه هو التعدي أو التفريط في حفظه أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وذلك يشمل كل فعل غير مأذون فيه بالشرع أو العقد يفوت موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة أو ينقص قيمتها أو يسبب خسارتها وذلك يشمل:

1. مخالفة أحكام المضاربة أو المشاركة أو الوكالة الشرعية، أي الأحكام التي رتبها الشارع على عقودها، وقد قررت الشريعة أن هناك تصرفات يملكها المضارب بمطلق عقد المضاربة، وتصرفات لا يملكها إلا إذا كان مفوضاً ويعبر عن ذلك بأن يقول رب المال للمضارب "اعمل برأيك"، وتصرفات لا يملكها إلا إذا أذن له رب المال في التصرف صراحة، وتصرفات لا يملكها حتى لو أذن له فيها رب المال. فإذا خالف المضارب حكما من هذه الأحكام كان متعدياً، أي متجاوزاً للحدود التي حددها له الشارع.

2. هناك قيود يفرضها رب المال على المضارب والوكيل والشريك في تصرفاته، وهي تصرفات تجيزها الشريعة غير أن الشارع يعطي رب المال حق منع كل من المضارب والشريك والوكيل منها أو فرض قيود عليه فيها، فإذا خالف المضارب قيداً من هذه القيود أو أبرم عقداً أو تصرفاً منعه منه رب المال كان متعدياً، أي متجاوزاً للحدود التي حدها له رب المال، أو مفرطاً في أمر طلبه منه أو أمره به، وهذه الشروط يتضمنها عقد المضاربة ونشرة إصدار



صكوكها، وقد وضعت الشريعة لرب المال دائرة يستطيع أن يفرض فيها على المضارب من الشروط ما يراه محققاً لمصلحته في تعظيم الربح وتقليل المخاطر.

وقد جرت عبارة بعض الفقهاء على الجمع بين عبارة التعدي وعبارة التفريط، والمقصود عندهم بالتعدي هو القيام بتصرف لا تجيزه الشريعة ولا شروط العقد، أي الخروج على أحكام عقد المضاربة الشرعية أو الاتفاقية وتجاوزها، وأما التفريط فهو ترك ما أوجبه الشارع أو العقد عليه من تصرفات لازمة لحفظ موجودات المضاربة والمشاركة والوكالة. ولا شك أن المضارب ومن ذكر معه يجب عليه المحافظة على موجودات المضاربة فلو فرط في هذا الحفظ كان ضامناً ما ضاع بسبب تفريطه. ومقتضى عقد المضاربة قيام المضارب باستثمار رأس المال في النشاط الذي حدده عقدها أو نشرة إصدارها، والمضارب بحكم أنه خبير استثمار يجب عليه أن يكون مؤهلاً لذلك، ولذلك فهو يسأل عن خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية وإعداد دراسة جدوى للأنشطة التي يقوم بها، بحيث يكون ضامناً إذا ارتكب خطأ لا يرتكبه خبير استثمار مثله أو في مثل ظروفه.

وقد جرت عبارات بعض الفقهاء على الجمع بين التعدي والتفريط والتقصير والخطأ، والتقصير قد يكون بمعنى التفريط وقد يكون بمعنى ترك ما أوجب الشرع أو العقد فعله، يكون التعدي هو مجاوزة ما أجاز الشرع أو العقد للمضارب فعله، وأما الخطأ فيقصد به الخطأ في اتخاذ القرارات المتعلقة بحفظ موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، أو باستثمارها على نحو لا يغتفر لخبير استثمار.

وإذا ادعى المضارب الهلاك أو الخسران وكانت هناك قرائن تكذبه وتنقل إليه عبء الإثبات وتجعله في مركز المدعي فإن عليه أن يثبت أمرين:

أولهما: واقعة الهلاك أو التلف أو الخسران،

وثانيهما: أن هذا الهلاك أو التلف أو الخسران كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو توقيه أو تلافي آثاره، وقد يعبر عن ذلك بالسبب الأجنبي والقوة القاهرة وفعل الله.

فإذا عجز المضارب عن هذا الإثبات فإنه يكون ضامناً.

تاسعاً: *محل الضمان:*

اختلفت عبارات الفقهاء في التعبير عن محل الضمان، أي ما يضمنه المضارب أو الشريك المدير أو وكيل الاستثمار عند التعدي، فقال بعض الفقهاء إنه يضمن الهلاك والتلف والخسران، ويقصد بالهلاك هلاك المال الكلي بحيث لا يبقى له قيمة، ونقصد بالتلف الهلاك الجزئي أي بعض قيمة الموجودات، أما الخسارة فهي نقص رأس مال المضاربة، أو بمعنى آخر نقصان قيمة موجودات المضاربة عن رأس مالها ذلك أن الربح يكون حماية أو وقاية لرأس المال، فإذا وقعت خسارة فإنها تجبر أو تعوض من الربح فإن زادت الخسارة عن الربح فإنها تنقص من رأس المال ويتحمل المضارب المتعدي هذه الخسارة.





عاشراً: *تحويل يد المضارب إلى يد ضامن بالتعدي:*

جرت على ألسنة بعض الفقهاء أن المضارب والشريكة والوكيل إذا تعدى يصير ضامناً أي أن يده تنقلب إلى يد ضمان كالغاصب، ويضمن رأس المال ويلزمه رده إلى رب المال دون الربح دون تفرقة بين الربح المتحقق والربح المتوقع، وهذا الظاهر غير مقصود إذ أن ضمان المضارب ومن ذكر معه المتعدي يكون على النحو التالي:

1. إذا اختلس أو استولى أو أتلف المضارب مالاً أو موجوداً من موجودات المضاربة بالمباشرة أو بالتسبب فإن يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن كان قيمياً ولا تصير يده يد غاصب في جميع موجودات المضاربة، ولا تبطل المضاربة.

2. إذا باع المضارب أو الوكيل أو الشريك بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر من ثمن المثل فعلاً، فإن يضمن الفرق، ولا تبطل المضاربة ولا تصير يده يد ضمان.

3. إذا تبرع أو أقرض مال المضاربة كان تبرعه غير نافذ في حق رب المال، وضمن مثل أو قيمة ما تبرع به أو أقرضه للغير ولا يصير ضامناً لبقية موجودات المضاربة وما ذكر معها ولا تبطل المضاربة وما ذكر معها.

4. محل الضمان هو موجودات المضاربة وقت تعدي الأمين عليه أو تفريطه في حفظها والضمان يكون بالمثل أو بالقيمة وإن كانت أضعاف رأس مال المضاربة، لأن رأس المال ينتج أرباحاً تتراكم وتتحول إلى موجودات فتزيد قيمتها، ومن ثم فلا يصح القول بأن المضارب إذا تعدى فإنه يضمن رأس مال المضاربة دون الموجودات التي تعدى عليها والتي تشتمل على الأرباح المتراكمة والنماء المتولد ومن الأصول الكلية في الشريعة أن من يضع يده على مال غيره أو يتعدى عليه فإنه يضمن مثل المال أو قيمته إن لم يكن له مثل مهما بلغت هذه القيمة.
ولذلك نص المالكية بما تقدم على أن المضارب إذا تعدى على موجودات المضاربة فإنه يضمن حصة رب المال من الربح المتحقق سداً لذريعة تعدي المضارب طمعاً في الحصول على الربح الذي حققته المضاربة، إذ يستطيع كل مضارب أن يتعدى لاستقلاله بربح المضاربة وهو مفسدة ظاهرة.

5. إذا تعدى المضارب على موجودات المضاربة وفسخت المضاربة لهلاك موجوداتها هلاكاً كلياً بحيث لم يبق شيء من هذه الموجودات، فإن على المضارب أن يرد مثل هذه الموجودات أو قيمتها يوم هلاكها بالتعدي عليها أو بالتفريط في حفظها ويصبح ذلك ديناً في ذمتة، وإن زادت قيمة هذه الموجودات عن رأس المال. ثم يستحق المضارب حصته من الربح المتفق عليه فيما زاد من قيمة هذه الموجودات عن رأس مال المضاربة، فإن لم يرد رأس المال وحصة رب المال من الربح صار عاصباً لذلك، فإذا استثمر هذا المال وحصل على ربح فهو للمضارب بحكم كونه غاصباً على رأي جمهور الفقهاء وقد رأينا أن هناك اجتهادات تجعله لرب المال باعتاره مالك المال المغصوب.

6. إذا فوت المضارب الربح الذي أظهرته دراسة الجدوى، بأن قصر في الاستثمار أو حبس رأس المال دون عمل فيه، أو اتخذ قرارات طائشة لا تصدر عن خبير استثمار في مثل ظروفه، فإنه يضمن الأرباح المتوقعة لمثل نشاط المضاربة وذلك حتى على رأي القائلين بأن التعدي على موجودات المضاربة يحول يد المضارب إلى يد غاصب، لأن المضارب بالغصب يضمن التفويت، كمن غصب داراً فلم يسكنها أو أرضاً فلم يزرعها أو دابة فلم يركبها، فإنه يضمن أجرة



مثلها لمالكها، ويقاس على ذلك رأس المال المخصص للتجارة، ولقد تقدم بعض أن الفقهاء يرى أن رأس مال المضاربة يعد أصلاً خصص للاستثمار، فإذا عطله المضارب عن الاستثمار في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه يكون متعدياً وفي مركز الغاصب ويضمن أرباح المثل.

إعداد

الدكتور

حسين حامد حسان

رئيس الهيئة الشرعية الموحدة

للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية

في دولة الإمارات العربية المتحدة

أستاذ الشريعة والقانون المقارن

جامعة القاهرة - سابقًا

فهرس



